

TRABAJO DE FIN DE GRADO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DIVORCIO CON HIJOS POR **MOTIVO DE LESIONES**

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO
2016-2017

AUTOR

DAVID CRIADO TABOADA

TUTOR

RICARDO RON LATAS

TRABAJO DE FIN DE GRADO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DIVORCIO CON HIJOS POR
MOTIVO DE LESIONES

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO
2016-2017

AUTOR

DAVID CRIADO TABOADA

TUTOR

RICARDO RON LATAS

A Coruña, 2017

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	4
II. CASO	5
III. RESOLUCIÓN	8
1. ¿Cómo calificarías la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?	8
1.1 Pareja de hecho.....	8
1.2 Matrimonio.....	10
2. La adopción de Antonio ¿fue válida?	14
2.1 La adopción	14
3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucia una pensión de alimentos?	18
3.1 El divorcio	18
3.2 La nulidad.....	20
3.3 Efectos y medidas comunes a la nulidad, separación y divorcio	24
3.4 Pensión de alimentos.....	26
4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?.....	29
4.1 Las donaciones por razón de matrimonio	29
4.2 Atribución del uso de la vivienda familiar	30
5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?.....	35
5.1 La violencia en el ámbito familiar.....	35
5.2 Las lesiones	39
5.3 Amenazas	40
5.4 La violencia habitual en el ámbito familiar.....	43
5.5 Circunstancias que eximen o atenúan la responsabilidad criminal	44
5.6 Relación de hechos y delitos cometidos.....	45
5.7 Medidas de protección para las víctimas de violencia de género	47
IV. BIBLIOGRAFÍA	48
V. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	50
1. Sentencias del Tribunal Constitucional	50
2. Autos del Tribunal Constitucional.....	50
3. Sentencias del Tribunal Supremo	50
4. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia	51
5. Sentencias de Audiencia Provincial	51
VI. NORMATIVA TOMADA EN CONSIDERACIÓN	52
VII. OTRAS FUENTES.....	52

I. ABREVIATURAS

- AAPP: Audiencias Provinciales.
- ART.: Artículo.
- ARTS.: Artículos.
- ATC: Auto del Tribunal Constitucional.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CA: Comunidad Autónoma.
- CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- CCAA: Comunidades Autónomas.
- CE: Constitución Española 1978.
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- JPI: Juzgado de Primera Instancia.
- MF: Ministerio Fiscal.
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- LMCC: Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- LPEB: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.
- LPI: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- LVG: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- RRC: Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- ss.: Siguietes.
- SSTs: Sentencias del Tribunal Supremo.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TS: Tribunal Supremo.

II. CASO

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

En el año 2014, Leticia García Ayala era una mujer de 30 años empadronada en la Comunidad Autónoma de Madrid que vivía con su hijo Antonio de 13 años, fruto de una relación prematura en su época adolescente. Desde que el padre de Antonio murió a los pocos años de nacer el niño, Leticia lo ha cuidado sola, sin ningún tipo de ayuda por parte de sus padres o familiares, con los que mantiene nulo contacto desde que abandonó la casa familiar a causa de su embarazo, no aceptado por los padres de ella.

Leticia tenía una situación laboral inestable. Cambiaba con frecuencia de vivienda, todas ellas alquiladas, y trabajaba en diversos empleos temporales como camarera, limpiadora, niñera, etc., compaginándolo con un pequeño blog de moda, su verdadera pasión.

En enero de 2014, Felipe Domínguez García se puso en contacto con Leticia a través de la red social Facebook. Felipe le contó a Leticia que, a pesar de tener solo 26 años por aquel entonces, ya trabajaba en la empresa de tecnología de su padre dedicada al desarrollo y comercialización de tecnología y productos de software. Como hijo de uno de los socios ostentaba un cargo de director adjunto en la empresa, posición laboral que le daba una gran estabilidad económica y que además le permitía viajar por diversos países. A pesar de sus continuos desplazamientos, Felipe le contó a Leticia que estaba empadronado en Palma de Mallorca, donde poseía una gran casa en primera línea de playa, con jardín propio, piscina, tres habitaciones y gimnasio. Le contó también que el verdadero motivo por el que contactaba con ella era porque aseguraba ser su sobrino y que le gustaría conocerla.

Así pues, en uno de sus viajes a Madrid, el 25 de febrero de 2014, Felipe contactó con Leticia y ambos se conocieron. A partir de ahí, la ilusión de Leticia por saber algo de su familia y la insistencia de Felipe, hizo que ambos entablaran una relación que acabó tornando en algo más serio. Posteriormente, constataron que sin lugar a dudas eran parientes, no siendo esto impedimento para estar juntos.

Felipe, conocedor de la inestable situación económica de Leticia, la intentó convencer para que se mudara con él a Palma de Mallorca y así mejorar su relación personal. Leticia, motivada por la situación económica de Felipe y por lo bien que se llevaba con su hijo Antonio, el 15 de junio de 2014 se mudó a Palma de Mallorca, desde donde también podría seguir con su blog de moda que empezaba a despuntar.

Debido a que la relación y la convivencia se encontraban en el mejor momento, Felipe y Leticia decidieron dar un paso más e inscribirse como pareja de hecho para dar mayor seguridad a su relación ante los constantes viajes de Felipe. Así, el 2 de agosto de 2014 se dirigieron al Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca, ya que allí era donde estaba empadronado Felipe y donde la pareja residía por esas fechas.

Siendo ya pareja de hecho, Felipe insiste a Leticia en que no se preocupe por el dinero y la situación laboral, que se olvide del blog ya que él puede mantenerla tanto a ella como a su hijo. Y para ganarse todavía más la confianza de su pareja, Felipe

propone adoptar a Antonio. Por ello, el 13 de octubre de 2014 la pareja comienza los trámites para llevar a cabo la adopción.

Desde entonces, la pareja no hace más que mudarse de casa en casa por culpa del trabajo de Felipe. En los últimos meses han tenido varias residencias dentro del territorio español que han llevado a Leticia a abandonar su trabajo y depender de la posición económica de su pareja, el cual cobra actualmente un sueldo aproximado de 5.000€ netos mensuales. Leticia, cansada de esta situación, decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.

Una semana antes de la boda, María, la madre de Felipe, viuda recientemente y empadronada en Lugo, se reúne con ellos para hablar sobre el regalo de bodas: una casa en Lugo que se encuentra situada en la avda. de A Coruña nº 10, séptimo piso. El piso está amueblado y cuenta con tres habitaciones, un salón-comedor, dos baños y terraza. Son aproximadamente 135 m². Entre ellos acuerdan que sea Felipe el propietario de la vivienda y María la que se encargue de todos los trámites legales que sean necesarios. Ante este regalo, Felipe y Leticia deciden mudarse a Lugo, ya que la empresa de tecnología en la que trabaja Felipe tiene una sede allí.

Una vez instalados en Lugo, Leticia se dedica al mantenimiento y cuidado de la casa, lo que le lleva a entablar amistad con las vecinas del edificio. Cuando está con ellas siempre presume de lo atento y protector que es su marido, ya que siempre está pendiente de ella y le escribe por WhatsApp todo el rato para saber dónde está, con quién está y a qué hora va a volver a casa. Las vecinas extrañadas le dicen que eso es muy posesivo, pero ella no les hace caso. Cuando llega a casa le cuenta a su marido lo que las vecinas han dicho y él, enfadado, le dice que no sea tonta, que las vecinas le tienen envidia y que no debería andar con ellas.

En julio de 2015 Leticia se queda embarazada. Durante el embarazo, el médico le aconseja reposo, por lo que Felipe tendría que ayudarla con ciertas tareas de la casa. Sin embargo, el fuerte y obstinado carácter de Leticia hace que guardar reposo durante el embarazo y la realización de las tareas domésticas genere varias discusiones acaloradas en la pareja. Además, Leticia, aburrida de estar siempre sola en casa, decide volver esporádicamente a su blog de moda, con el cual gana algún dinerillo para ella. Todo ello sin contárselo a su marido.

Durante las Navidades del 2015, la familia celebra las fiestas en su casa invitando a sus familiares para la cena de Nochevieja. Leticia prepara toda la cena junto a su suegra mientras Felipe se encarga de atender a los invitados y charlar con ellos. En el desarrollo de la cena, la familia no para de alabar lo rico que está todo, sobre todo su cuñada Eva en un intento por alegrarla, ya que su marido como siempre no para de menospreciar su trabajo, porque “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”. Esta actitud se repite cada vez que hay una comida familiar. Tras la cena, Leticia recrimina a Felipe su actitud y este, bebido, le promete que no volverá a pasar y que lo perdona.

El 13 de marzo de 2016, María se cae por las escaleras de su casa y se rompe la cadera. El médico le recomienda reposo y rehabilitación. La madre de Felipe llama a su hijo para que la ayude con la rehabilitación y la cuide, como habían acordado tras la donación del piso. Este hecho provoca constantes discusiones en la pareja, ya que

Leticia no está dispuesta a ser la niñera de nadie. En una de las discusiones, Felipe le propina un empujón a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos. A la mañana siguiente, Leticia acude al médico preocupada, ya que se encuentra en su último tramo de embarazo. El médico afirma que todo está bien y le receta únicamente unos analgésicos para el dolor.

El hijo mayor de la pareja, de fuerte carácter igual que Leticia, y con una adolescencia difícil, siempre está discutiendo con su madre debido a la constante presión por sacar buenas notas y para que tenga todo recogido. El adolescente no entiende el estrés de su madre, si es su padrastro quien trae el dinero a casa, mientras ella se pasa el día de charla con las vecinas. El carácter de Antonio se endurece todavía más con Leticia tras el nacimiento de la hija del matrimonio, Lucía, el 18 de abril de 2016.

El 16 de junio de 2016 Felipe llega tarde del trabajo y Leticia le recrimina que nunca está en casa y que necesita ayuda, que está harta y no aguanta más. Él, con unas copas de más encima, le propina varios golpes que la tiran al suelo. A consecuencia de estos hechos Leticia tiene un esguince en el pie derecho, así como fuertes dolores cervicales. Cuando acude al médico, este se lo venda y le receta analgésicos para el dolor además de obligarle a usar un collarín.

CUESTIONES

1. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?
2. La adopción de Antonio ¿fue válida?
3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?
4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?
5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?

III. RESOLUCIÓN

1. ¿Cómo calificarías la situación legal de Leticia respecto de Felipe (pareja de hecho legal o no, matrimonio válido, no válido)?

Antes de comenzar a desarrollar dicha pregunta, vamos a desglosarla en dos posibles apartados, primero, haremos referencia a la pareja de hecho, atendiendo a su posible legalidad o no, y, posteriormente abarcaremos si el matrimonio entre Leticia y Felipe es válido.

1.1 Pareja de hecho

En primer lugar cabe hacer referencia al concepto de pareja de hecho, se pueden considerar como aquellas “personas que no quieran contraer ningún tipo de matrimonio (ni civil, ni religioso) y opten, por un período de tiempo indefinido por una convivencia plena *more uxorio*, no sometida a ninguna regla jurídica”¹.

Existen diferentes denominaciones como las que pueden ser uniones libres, de hecho, extramatrimoniales, cuasimatrimoniales o paramatrimoniales, parejas de hecho, convivencia *more uxorio* y matrimonio de hecho, que se emplean para hacer referencia a una misma realidad sociológica, la de la unión entre un hombre y una mujer en relación análoga a la conyugal².

En cuanto a la regulación de las parejas de hecho, no tienen una regulación propia en nuestro derecho estatal; las Cortes Generales han conocido de varios proyectos y proposiciones de ley, pero ninguno de ellos ha salido adelante. A pesar de ello existe una abundante normativa autonómica sobre parejas de hecho (en la actualidad son muy pocas las comunidades autónomas que carecen de ley propia), de hecho, una de las comunidades autónomas que posee ley acerca de las parejas de hecho y que nos afecta a nuestro caso son las Islas Baleares.

Una importante nota a tener en cuenta es la no asimilación entre una pareja de hecho y el matrimonio. Así, el TS señala que el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, lo cual conlleva un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual; además, niega una posible analogía entre ambos³.

Una vez que aclarado esto, vamos a analizar la validez de la pareja de hecho. En nuestro caso la ley que podría ser de aplicación es la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables⁴ de las Islas Baleares. Para poder aplicar dicha ley tenemos que acudir al art. 2.2 LPEB, donde nos encontramos con una difícil cuestión:

¹ ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013, p 37.

² Cfr. ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, enero-diciembre 1998, p. 9.

³ STS de 16 de diciembre de 2015 [RJ\2015\5887]; véase su F.J. 4º.

⁴ BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002.

“2. Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta.”

Una vez analizado este precepto nos encontramos con el requisito de que para que sea aplicable la ley balear de parejas estables, uno de los dos miembros de la pareja debe poseer vecindad civil de las Islas Baleares. Ahora bien, ¿qué es la vecindad civil?

Para analizar más a fondo la vecindad civil debemos acudir al Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁵, concretamente a su art. 14 CC⁶.

Por lo tanto, habría que atender a que si Felipe hubiese nacido en las Islas Baleares, hubiese residido allí durante diez años, o si hubiese residido durante dos años y solicitado vecindad civil balear. Ante los datos que nos muestra el caso, afirma desde un primer momento que Felipe está empadronado en una casa que él posee en Mallorca y convence a Leticia para que se mude junto con su hijo. Podemos entender que él sí posee dicha vecindad civil, ya que lleva empadronado en dicha casa de Mallorca como mínimo cinco meses y además acuden al Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca.

⁵ BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁶ Literalidad del art. 14 CC:

“1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.

3. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.

En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.

5. La vecindad civil se adquiere:

1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento.”

Tomando como premisa que tiene la vecindad civil balear, le sería aplicable la LPEB. Como hemos observado, dicha pareja cumple el requisito del art. 2.2 LPEB, de que uno de los dos miembros de la pareja tenga la vecindad civil balear, sin embargo a pesar de esto, la pareja de hecho no sería válida. Esto es debido al art. 2 apartado uno letra c de la LPEB:

*“1. Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, no pueden constituir pareja estable:
c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.”*

Dicho precepto afirma que no podrán constituir pareja estable aquellas personas que sean entre sí colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, en nuestro caso, al ser tía-sobrino la pareja de hecho sería nula.

1.2 Matrimonio

Para comenzar, recogeremos un concepto general de matrimonio y posteriormente nos adentraremos de lleno en analizar si el matrimonio celebrado entre Felipe y Leticia es válido.

El término matrimonio proviene del latín *matrimonium*. Se trata de la “unión de un hombre y una mujer que se concreta a través de determinados ritos o trámites legales”⁷. En los últimos años, cada vez más países han aceptado el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que esta unión conyugal, que tradicionalmente era entre un hombre y una mujer, ha abandonado la teoría única de la heterosexualidad.

Esto ha sido así hasta la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio⁸, que reconoce el matrimonio homosexual.

En el presente caso, se trata de un matrimonio civil celebrado en el Ayuntamiento de Barcelona, y ante la alcaldesa. Hasta la aprobación de la Ley 35/1994 de 23 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes⁹, el matrimonio civil era una cuestión judicial, debiendo ser autorizado por el Juez en el momento de su celebración. Se pasó así de una situación en la que los alcaldes no tenían competencia para la autorización de la celebración del matrimonio civil o solo la tenían en casos excepcionales, a otra situación muy distinta, extendiéndose la posibilidad de autorizar los matrimonios civiles a todos los alcaldes.

Por lo tanto, el matrimonio celebrado entre Felipe y Leticia, cumpliría este requisito al ser celebrado con posterioridad al año 1994.

Posteriormente a la celebración del matrimonio, con la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰, el matrimonio civil pasó de ser

⁷ NEBOT LÓPEZ, C.: “*Derecho de Familia*”, Formación Dinámica, S.L., A Coruña, 2015, p. 5.

⁸ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

⁹ BOE núm. 307, de 24 diciembre 1994.

¹⁰ BOE núm. 158, de 3 de Julio de 2015.

una cuestión judicial a un acto de jurisdicción voluntaria. Además, se modificaron los arts. 51 y 52 CC, pudiendo ahora celebrar el matrimonio, tanto ante el juez de paz, el alcalde o el concejal en que éste delegue, del municipio donde se celebre el matrimonio, el Secretario Judicial o el Notario elegido por ambos contrayentes y que sea competente, y el funcionario diplomático o consular encargado del Registro civil en el extranjero. Al mismo tiempo, cuando se trate de un matrimonio de una persona que se halle en peligro de muerte, tendrán autoridad para celebrar el matrimonio los anteriores y a mayores el Oficial o Jefe Superior inmediato respecto de los militares en campaña y el Capitán o Comandante para aquellos matrimonios que se celebren a bordo de una nave o aeronave.

En primer lugar, para comenzar a analizar la validez de dicho matrimonio, debemos tener en cuenta que este se realiza en Barcelona, Cataluña. Concretamente Cataluña es una de las regiones que cuenta con derecho foral, y con su propia Compilación de Derecho Civil.

Por lo tanto, tenemos que comprobar si sería aplicable a dicho matrimonio la Compilación de Derecho Civil catalana o las normas recogidas en el CC. Para ello, acudimos, como hemos hecho anteriormente, al art. 14 del CC que nos indica en su apartado uno que *“la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”*. Así, debemos atender a la posibilidad de que uno de los dos cónyuges ostente dicha vecindad civil, la respuesta a esto es negativa, por no cumplir los requisitos para tener la vecindad civil catalana, como ya se ha justificado anteriormente. Por otra parte, Leticia lleva viviendo en la CA de Madrid y está empadronada allí desde 2014, entonces entendemos que tampoco ostentaría la vecindad civil catalana. Una vez analizado las vecindades civiles de cada cónyuge podemos determinar que la normativa aplicable a dicho matrimonio sería la recogida en el CC.

Ahora bien, atendiendo a las normas de nuestro CC, en los arts. 46 y 47 CC una serie de prohibiciones a la hora de contraer matrimonio, que son las siguientes:

- Los menores de edad no emancipados.
- Los que estén ligados con vínculo matrimonial.
- Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

La prohibición que a nosotros nos interesa es la recogida en el art. 47 CC, que indica que no podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; situación en la que se encuentran los protagonistas del caso, Felipe y Leticia.

Por lo tanto en un principio parece que ese matrimonio en ningún caso puede ser válido. Sin embargo, si continuamos leyendo el articulado de nuestro CC, en el art. 48

CC nos encontramos con una posible dispensa a este impedimento. Concretamente se afirma que “*el juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución dictada en expediente de jurisdicción voluntaria*” una serie de impedimentos, entre ellos el de parentesco de tercer grado entre colaterales.

Podemos concluir que dicho matrimonio no será válido a no ser que los contrayentes solicitan dicha dispensa.

Esta dispensa es abarcada también por la LJV, concretamente aparece recogida en su art. 81 LJV. El procedimiento para conseguir dicha dispensa viene recogida en los arts. 81 a 84 LJV. Para solicitar la dispensa los contrayentes deben dirigirse al Juzgado expresando en la solicitud los motivos de índole particular, familiar o social en los que se basan. Promoverá dicha solicitud el cónyuge que incurra en el impedimento, en este caso podrían ser ambos cónyuges, ya que tanto Felipe como Leticia incurren en el mismo.

Atendiendo al art. 261 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil¹¹, como se trata de una dispensa del impedimento de parentesco por ser colaterales de tercer grado, deberán acompañar la solicitud con un árbol genealógico de los esposos. Será competente para conocer de dicha solicitud el Juzgado de Primera Instancia (en adelante, JPI) del domicilio, o en su defecto, el de la residencia de los contrayentes.

Una vez que es admitida a trámite la solicitud de dispensa por el secretario judicial, se citará para comparecer a los contrayentes y a cualquier interesado. Posteriormente se practicarán las pruebas oportunas, y finalmente el juez resolverá concediendo o denegando la dispensa.

Por otro lado, al tratarse de uno de los impedimentos dispensables según el art. 48 CC, “dicha dispensa tiene eficacia retroactiva al momento de la celebración del matrimonio celebrado en contra de las prohibiciones legales establecidas”¹².

Para conceder esta dispensa, como se recoge tanto en el art. 260 RRC y en el art. 48 CC, tiene que existir una justa causa y una serie de motivos de índole particular, familiar o social.

Como recoge la Resolución de 18 de octubre de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado [RJ\1995\9565]¹³, esta justa causa puede ser la existencia de la *affectio maritalis*, que “consiste en la voluntad permanente de realizar dicha convivencia y comportarse como marido y mujer”¹⁴. Podemos considerar presente en el caso la *affectio maritalis*, puesto que ya en un primer momento, Felipe y Leticia

¹¹ BOE núm. 296, de 11 de Diciembre de 1958.

¹² LASARTE, C.: “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 44.

¹³ Dicha resolución recoge: “*quien solicite la dispensa debe acreditar los motivos de índole particular, familiar o social que invoque y, aunque tanto estas expresiones como la misma de la justa causa, constituyan conceptos indeterminados de difícil evaluación,(...) una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tal fuente de afecto entre ambos, que, sobrepasando el del simple parentesco, llegue a la «affectio maritalis», cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad.*”

¹⁴ DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES L.: “*Instituciones de Derecho Privado Romano*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 447.

quisieron formalizar su relación inscribiéndose como pareja de hecho y ahora, posteriormente han contraído matrimonio; además han convivido desde el principio de su relación en Mallorca, y posteriormente en Lugo. Existiendo además otros factores que consolidan todavía más dicha relación, como por ejemplo, el tener una hija en común, María, y el hecho de que Felipe hubiese adoptado antes del matrimonio al hijo de Leticia, Antonio.

Cuando se ha celebrado un matrimonio con un impedimento que puede ser dispensado es recomendable solicitar dicha dispensa lo antes posible. En algún como el recogido en la SAP, en la que el propio MF presentó la demanda de nulidad contra el matrimonio celebrado entre parientes por línea colateral de tercer grado. Así, dicho matrimonio, fue considerado nulo¹⁵.

Como conclusión a dicha pregunta y como hemos desarrollado anteriormente, podemos considerar válido el matrimonio celebrado entre Felipe y Leticia al entender que han solicitado dicha dispensa, bien a la hora de casarse o bien posteriormente. Además, no se ha solicitado, ni por parte de los cónyuges, ni por parte del MF, la declaración de nulidad del mismo.

¹⁵ SAP de Teruel, de 24 de marzo de 2015 [JUR\2015\123212].

2. La adopción de Antonio ¿fue válida?

Para comenzar, antes de hacer referencia a una posible validez de la adopción ocurrida en nuestro caso, vamos a comenzar estableciendo un concepto de adopción y la normativa aplicable a dicha adopción.

2.1 La adopción

La adopción “es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y la filiación por naturaleza”¹⁶.

Además, PÉREZ MARTÍN define la adopción como “aquella institución de derecho de familia mediante la cual una persona se integra plenamente en la vida de familia de otras personas, con los mismos efectos que produce la filiación biológica, rompiéndose como regla general, los vínculos jurídicos que éste tenía con la familia anterior”¹⁷.

En un primer momento, todos los esfuerzos normativos iban dirigidos a avanzar en dos líneas: en conseguir la plena equiparación entre los hijos adoptivos y los naturales, y la otra, en integrar al adoptado en la familia adoptiva¹⁸. En España actualmente existe una equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, como establece el art. 39 de nuestra norma suprema, la Constitución Española¹⁹. En concordancia con lo anterior, este artículo en su apartado segundo afirma que “*los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*”. Por lo tanto una vez se ha llevado a cabo esta adopción, no deberían existir diferencias entre los hijos consanguíneos y los hijos adoptivos. Fruto de esta igualdad, también el art. 108 CE *in fine* recoge que “*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”.

A su vez, las dos materias que provocan más litigios en las AAPP son: “en primer lugar la participación de los padres por naturaleza en el procedimiento de adopción sobre todo en cuanto a si es necesario su asentimiento o simplemente tienen que ser oídos y, en segundo lugar, la adopción del hijo de cónyuge o del hijo de la pareja”²⁰.

En España se ha producido un aumento notable en la adopción internacional como podemos observar en el siguiente gráfico:

¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.286.

¹⁷ PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova. Valladolid, 1998, p. 565.

¹⁸ Cfr. ANGUITA RÍOS, R.M.: “*La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del Adoptado.*” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016, parte Estudio, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016, p. 2.

¹⁹ BOE núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978.

²⁰ BARBERÁ FRAGUAS, M.: “*La adopción: cuestión jurídica. Problema humano*”, en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, num.39/2002, Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2002, p. 5.



Fuente: Elaboración propia a partir de “*La adopción: pasado presente y futuro*”²¹.

En el CC la adopción viene recogida dentro del Capítulo V, en la Sección 2ª, concretamente en los arts. 175 a 180 CC. También nos encontramos con la LJV, que regula la adopción en su capítulo III, de los arts. 33 y ss. LJV, concretamente, la LJV hace referencia a la tramitación que hay que desarrollar para llevar a cabo una posible adopción.

Además, tenemos también una serie de normas que se aplican a la adopción, entre ellas la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil²², concretamente en su Capítulo III. Por otro lado contamos también con la LMCC. Tenemos también la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional²³. Por último, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁴.

Para analizar la adopción de Antonio por Felipe, primero vamos a analizar la normativa del CC para ver si se cumplen los requisitos oportunos entre adoptante y adoptado, y por último, analizaremos el procedimiento a seguir, regulado en la LJV.

En primer lugar el art. 175 CC nos indica que el adoptante tiene que ser mayor de 25 años, requisito que se cumple al tener Felipe la edad de 26 años. Este artículo también indica que únicamente podrán ser adoptados los menores de edad no emancipados, requisito que también se cumple al tener Antonio la edad de 13 años y no estar emancipado.

²¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y MARTÍNEZ LEMOS, M.: *La adopción: pasado presente y futuro*, Fundación María José Jove, 2011, p. 24.

²² BOE núm. de 17 de enero de 1996.

²³ BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007.

²⁴ BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015.

Así, como señala DE AGUIRRE ALDAZ, “la exigencia de una determinada edad para adoptar, obedece a la finalidad de ofrecer al adoptando una situación consolidada”²⁵.

En relación a las prohibiciones para adoptar, una de ellas sería que no se tratase de un pariente de segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad, situación que no se produce, puesto que a pesar de que son familia, su parentesco sería de cuarto grado en línea colateral, por lo que cumplirían dicho requisito también.

El problema surge en que la redacción del art. 175 CC en el año 2014, cuando se produjo la adopción, es diferente a la redacción actual. La LPI introduce un cambio en la diferencia de edad, en el 2014, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado tiene que ser de catorce años, y según la LPI, dieciséis años, requisito que no se cumple en ningún de los dos casos, ya que la diferencia de edad entre Antonio y Felipe es de trece años.

Este impedimento está salvado en la LPI, que introduce un apartado en el art. 175 CC, que afirma que dicha diferencia de edad (dieciséis años), no será aplicable en los casos recogidos en el art. 176.2 CC.

Entre los casos previstos en el art. 176.2 CC, con la redacción actual, nos encontramos con “*ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal*”. En el momento en el que se tramita la adopción, Felipe y Leticia se habían inscrito como pareja de hecho y mostrando así la intención de tener una relación afectiva de carácter similar a la de los cónyuges, independientemente de que esta sea legal o no. Por lo tanto, este requisito, que a priori puede resultar el más dudoso, también se cumpliría si la adopción se rigiese por el CC actual.

Por lo tanto, la adopción de Antonio no sería válida en el año 2014, pero sí, con las innovaciones introducidas por la LPI.

A continuación, analizaremos el trámite que tendría que seguir Felipe en la actualidad para que la adopción de Antonio sea válida por completo. Aun así, en el remoto caso de que la adopción no hubiese sido válida, el art. 175.4 CC recoge que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Por lo que al casarse, Felipe, podría adoptar a Antonio.

A pesar de que la LJV entró en vigor con posterioridad a la adopción de Antonio, creemos que es conveniente analizar el trámite que hay que seguir actualmente.

Para comenzar, según el art. 33 LJV, será competente para conocer del expediente sobre la adopción el JPI del domicilio del adoptante. En este caso correspondería al JPI de Palma de Mallorca, dado que es el lugar en el que está residiendo el adoptando en el momento de la tramitación de la adopción. Una vez que finalice el trámite, la adopción se constituirá por resolución judicial, y siempre teniendo en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante, concepto que veremos más adelante. La tramitación de dicho expediente se practicará con la intervención del MF y no será preceptiva la asistencia de abogado ni procurador, como así afirma el art. 34 LJV.

²⁵ DE AGUIRRE ALDAZ, C. M.: *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2011, p.419.

Posteriormente será necesaria una declaración de idoneidad del adoptante, que, como recoge el apartado tres del art. 176 CC, *“se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*.

Esa idoneidad, se confirma con el certificado de idoneidad, en el que se recoge una valoración psicológica y social de los solicitantes de adopción²⁶. En la valoración psicosocial, se analizará la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Ese certificado de idoneidad, será llevado a cabo por la Entidad Pública y formalizado mediante resolución.

Posteriormente, según recoge el art. 35 LJV, el adoptante, Felipe en este caso, presentará por escrito el ofrecimiento para la adopción de Antonio. En dicho ofrecimiento deberán constar entre otras cosas las condiciones personales, familiares y sociales, los medios de vida del adoptante, Felipe, y la relación que tenga este con el adoptando, Antonio.

A continuación, en el expediente de adopción será citado por el Secretario judicial, el adoptante, y en este caso también el adoptando, ya que este tiene más de 12 años, ya que así lo recoge el art. 36 LJV. En dicha citación, tanto Felipe como Antonio deberán consentir la adopción, ya que así lo recoge el art. 177 CC. Dicho artículo también afirma que Leticia, en este caso, deberá asentir la adopción, puesto que se trata del progenitor del adoptando y este no se encuentra emancipado.

A pesar de que lo habitual en la adopción es que se produzca la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia de origen, en este caso, nos encontramos ante una excepción recogida en el art. 178.2.a) CC, que afirma:

“Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.”

Para finalizar ya dicho trámite, se debe tener en cuenta que una vez que se haya producido la adopción de Antonio por parte de Felipe, esta será irrevocable, como recoge el art. 180 CC.

Por lo tanto podemos concluir, que la adopción de Antonio por parte de Felipe no sería válida según la legislación vigente en el 2014. Sin embargo, en la actualidad la adopción sería válida, con las modificaciones introducidas en el CC por la LPI. Además, en caso de que la adopción no se hubiese producido, Antonio podría ser adoptado por Felipe al casarse con Leticia posteriormente.

²⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, M^a.A.: *Adopción. Al encuentro de la vida*, San Pablo, Madrid, 2008, p. 40.

3. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso: ¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?

Para comenzar es necesario realizar una pequeña aclaración. Como se ha analizado anteriormente en la Cuestión 2, entendemos que el matrimonio sería válido si se hubiese obtenido la dispensa recogida en el art. 48 CC, bien antes de celebrarse el matrimonio o bien con posterioridad. Si se ha solicitado y concedido por la autoridad judicial dicha dispensa, el matrimonio sería válido y cabría el divorcio, sin embargo, si dicha dispensa no se hubiese solicitado y concedido, Leticia debería solicitar la acción de nulidad de dicho matrimonio.

Por lo tanto a la hora de abordar esta cuestión, en primer lugar, nos centraremos en la figura del divorcio y la posibilidad de que Leticia lo solicite, en segundo lugar, la posibilidad de solicitar la nulidad, y por último, si le correspondería, a Antonio, con su condición de hijo adoptado, y a Lucía una pensión de alimentos.

3.1 El divorcio

El divorcio es una figura jurídica importante en el ámbito español. Se trata de un derecho fundamental, y así aparece citado en la CE. Concretamente el art. 32 CE en su apartado dos afirma lo siguiente:

“2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

En las referidas causas de separación a las que hace referencia el artículo anterior es donde se encuentra el divorcio.

Como establece el art. 85 del CC, el divorcio es una de las tres causas de disolución del matrimonio, junto con la muerte y la declaración de fallecimiento.

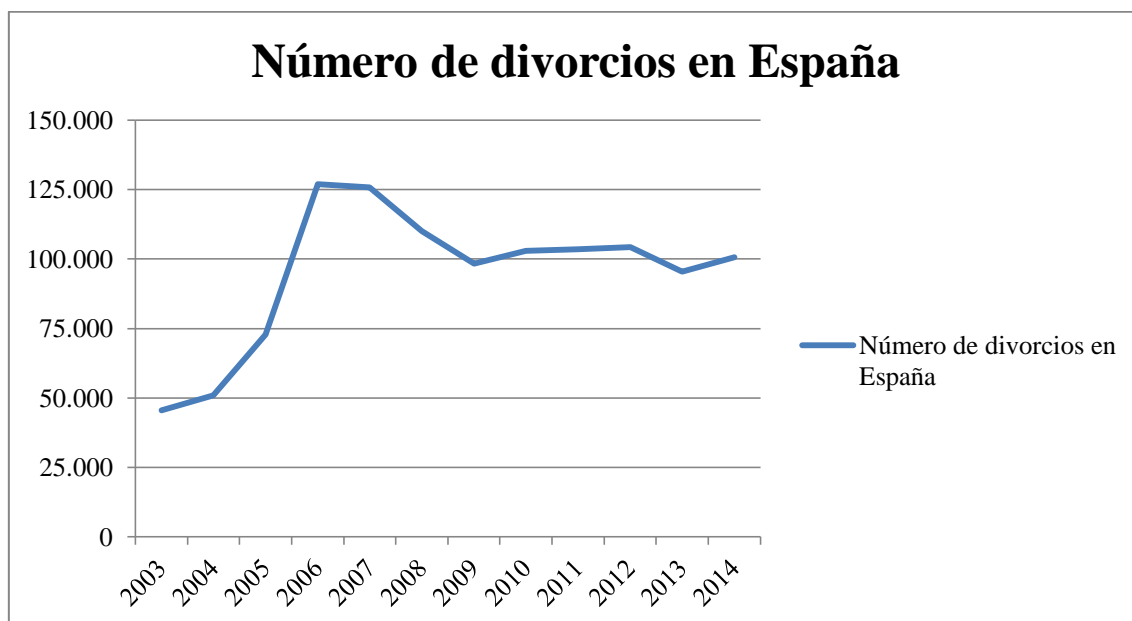
Se instauró en España por primera vez en la Segunda República, a pesar de que fue suspendido durante los años que duró la dictadura franquista. Posteriormente volvió a estar en vigor en 1981, con la promulgación de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio²⁷, dicha ley “fue conocida popularmente como Ley del Divorcio, pese a no serlo propiamente hablando, y tener un alcance más general, según se desprende de su contenido y de su propia rúbrica oficial”²⁸. Veinte años más tarde, entró en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²⁹. Dicha ley puso fin al sistema causalista de separación y divorcio.

²⁷ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

²⁸ SILLERO CROVETTO, B.: *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Juruá, Lisboa, 2014, p.73.

²⁹ BOE núm. 163 de 9 de julio de 2005.

Como se puede observar en el siguiente gráfico, el número de divorcios en España tuvo un auge en los años 2006 y 2007, para volver a estabilizarse a partir del 2010 en adelante en torno a los cien mil divorcios por año en España.



Fuente: Elaboración propia a partir del INE³⁰

El legislador parte de la premisa de que se ha experimentado un cambio en la concepción actual de las relaciones de pareja, donde “la libertad –con apoyo en el respeto al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE– tiene que estar reflejada en el momento de celebración del matrimonio, durante la relación matrimonial y en el momento de su disolución. Por ese motivo, el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna de separación. La supresión de las causas de separación se basa en la idea de que debe prevalecer de manera absoluta la libertad individual de los cónyuges de no continuar casado por delante de cualquier interés matrimonial”³¹.

Aunque el CC no lo define, cabe entenderse por divorcio, “como una causa sobrevenida de disolución de un matrimonio válidamente contraído”³². Se diferencia de la nulidad, en que el matrimonio nulo se contrajo con un defecto que lo hacía inválido desde que se celebró. Se diferencia además de la muerte y de la declaración de fallecimiento en qué con el divorcio, el matrimonio se disuelve en vida de ambos cónyuges. A su vez, se diferencia de la separación, en qué el divorcio extingue el vínculo matrimonial y los ex-cónyuges quedan liberados para contraer nuevo matrimonio.

³⁰ <http://www.ine.es/> (6/06/2017).

³¹ CARRASCO PERERA, A.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 177.

³² ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., p. 74.

El divorcio se encuentra regulado en el CC en una serie de artículos dentro del Libro I: De las personas, Título II: Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil.

La regulación del divorcio ha sufrido una serie de modificaciones con la entrada en vigor de la LJV. Dicha ley modificó entre otros los arts. 87 y 89 CC, que son unos de los cuales encontramos regulación acerca del divorcio.

El matrimonio únicamente se disolverá por el divorcio, como indica el art. 89 CC, una vez que la sentencia de divorcio o, el decreto que manifieste el consentimiento de ambos cónyuges, sea firme. Además, el divorcio se trata de un acto personalísimo, puesto que como recoge el art. 88 CC, la acción de divorcio se extinguirá con la muerte de cualquiera de los cónyuges.

El divorcio puede ser decretado judicialmente con la petición de uno solo de los cónyuges, como podría ser este caso, con la petición de divorcio de Leticia. Así lo indica el art. 86 CC. Para que sea posible la solicitud únicamente por parte de Leticia sin el consentimiento de Felipe, habría que cumplir alguno de los requisitos del art. 81 CC:

“1. ° A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al art. 90 de este Código.

2. ° A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.”

Como podemos observar, se cumpliría el segundo de los requisitos, a petición de uno solo de los cónyuges, y eso sí, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Ya que Felipe y Leticia llevan más de tres meses casados.

En el caso de qué ambos cónyuges estuviesen de acuerdo en divorciarse, lo podrían llevar a cabo de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador, ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, como así señala el art. 87 CC.

Por lo tanto y a modo de conclusión, si se hubiese solicitado la dispensa antes de contraer el matrimonio o incluso posteriormente a dicho acto, siendo válido el matrimonio, Leticia podría sin ningún tipo de problema solicitar el divorcio.

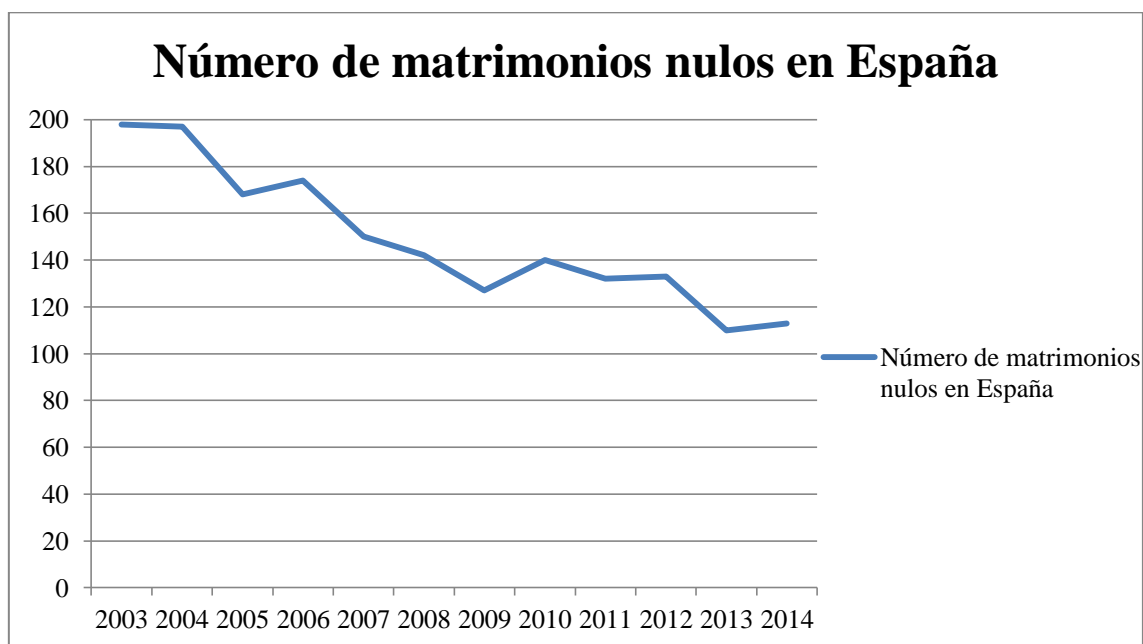
3.2 La nulidad

La nulidad matrimonial constituye un “remedio a las situaciones de crisis conyugal que ha sido considerado entre la Judicatura, como excepcional, debido a la negación de validez *a posteriori* de un contrato matrimonial aparentemente válido, razón por la que el Juez habrá de ser especialmente cauteloso a la hora de decretar dicha

solución jurídica, exigiéndose que conste la concurrencia de los datos fácticos tipificados en las causas legalmente establecidas”³³.

La nulidad matrimonial es el supuesto de máxima ineficacia de la relación matrimonial, ya que la declaración de nulidad comporta la necesidad de identificar una causa coetánea a la celebración del matrimonio que invalida el vínculo entre los cónyuges desde el mismo momento de su celebración. La declaración de nulidad, pues, tiene plena eficacia retroactiva y genera efectos *ex tunc*, de forma similar a cuanto ocurre en relación con la nulidad de contratos³⁴.

El número de matrimonios nulos en España ha ido disminuyendo con el paso de los años como se puede observar en la siguiente gráfica:



Fuente: Elaboración propia a partir del INE³⁵

La nulidad del matrimonio se encuentra regulada en los arts. 73 a 80 CC. Como se ha dicho anteriormente para que proceda la nulidad se tienen que cumplir alguna causa o motivo. La mayoría de estas causas vienen recogidas en el art. 73 CC y son las siguientes:

- “1. ° *El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.*
2. ° *El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los arts. 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al art. 48.*
3. ° *El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.*

³³ CALAZA LÓPEZ, S.: *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, S.L., Madrid, 2009, pp. 48 y 49.

³⁴ Cfr. LASARTE, C.: “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”, op. cit., p. 74.

³⁵ <http://www.ine.es/> (5/05/2017).

4. ° *El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.*

5. ° *El contraído por coacción o miedo grave*”

Además de estas causas también nos encontramos con otras posibles causas de nulidad. Como pueden ser por ejemplo: los defectos sustanciales del poder para contraer válidamente matrimonio (art. 55 CC), la incompetencia de la persona autorizante (sea juez, funcionario, alcalde, notario o Secretario judicial) concurriendo mala fe de ambos cónyuges o ausencia de ejercicio por aquellos de sus funciones públicamente (art. 53C C), o cualquier defecto de forma cuando ninguno de los cónyuges actúa de buena fe (art. 78 CC).

La causa que nos interesa para el caso sería la 2ª del art. 73 CC, *que dice lo siguiente “el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los arts. 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al art. 48”.*

En nuestro caso el matrimonio se encuentra bajo la prohibición del art. 47 CC, que es el impedimento de parentesco, en este caso por consanguinidad. Este impedimento, “al basarse en una circunstancia objetiva de parentesco, es perpetuo, por lo que solo cabe que cese por dispensa”³⁶. Se trata de un matrimonio celebrado entre parientes colaterales de tercer grado, por lo tanto se podría ejecutar la acción de nulidad del matrimonio.

Como recoge el art. 74 CC, tendrán legitimación para interponer la acción de nulidad, los cónyuges (por lo tanto Leticia podría solicitar la nulidad de su matrimonio), el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en dicha nulidad.

Por otro lado, hay una serie de casos en los que el matrimonio puede resultar convalidado. Se trataría de los matrimonios celebrados bajo alguno de los impedimentos matrimoniales recogidos en el art. 48 CC, en concreto resultarían convalidados los matrimonios celebrados en los que hubiese bien, muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de los contrayentes o bien, que existiese entre ambos cónyuges un parentesco colateral de tercer grado de parentesco colateral. El matrimonio sería convalidado aunque la dispensa se obtenga con posterioridad a la celebración del matrimonio, siempre que sea antes de que la nulidad haya sido instada judicialmente por las partes. La dispensa, afirma el art. 48.3 CC, “*convalida, desde su celebración, el matrimonio*”. En consecuencia, tanto la dispensa cuanto la convalidación del matrimonio tienen efecto retroactivo a la misma fecha de celebración del matrimonio³⁷.

Como conclusión, cabe decir, que Leticia podría solicitar la acción de nulidad de dicho matrimonio, siempre y cuando no se hubiese solicitado dispensa por los cónyuges y esta hubiese sido concedida judicialmente.

³⁶ LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R.: *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 150.

³⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bercal S.A., Madrid, 2015, p. 77.

3.2.1 El matrimonio putativo

El matrimonio putativo surgió como tal en la Baja Edad Media como una creación del derecho canónico debido a la necesidad de proteger los hijos surgidos de un matrimonio celebrado efectivamente. La principal característica del matrimonio putativo en aquella época, es que después, dicho matrimonio fuese declarado nulo por existir un impedimento de parentesco.

Posteriormente, la tesis del matrimonio putativo se aplica a cualesquiera matrimonio, aunque el motivo de nulidad fuera diferente al impedimento de parentesco, aplicándose incluso el beneficio del mantenimiento de los efectos matrimoniales en favor del cónyuge que hubiera contraído el matrimonio de buena fe³⁸.

La finalidad del matrimonio putativo consiste principalmente en intentar dar una solución a la inexistencia del matrimonio una vez que ha sido declarado nulo y ya se hubiese constituido una unidad familiar, con sus correspondientes hijos, y se hubiesen asumido obligaciones frente a terceros bajo la apariencia del matrimonio.

El matrimonio putativo en la actualidad viene recogido en el art. 79 CC, que afirma que aunque se declare nulo el matrimonio, esta nulidad no va a invalidar los efectos ya producidos en cuanto a los hijos y al contrayente o contrayentes de buena fe. Además, dicho precepto también recoge que la buena fe se presume.

Por otro lado, el matrimonio putativo es un matrimonio nulo, al que la ley permite el mantenimiento de los efectos ya producidos respecto de los hijos y del cónyuge o cónyuges de buena fe.

Respecto de los hijos –considerados matrimoniales- se mantienen los efectos legales derivados de las relaciones paterno-filiales (patria potestad, alimentos, apellidos, derechos sucesorios, etc.) con independencia de la buena o mala fe de sus progenitores.

En cuanto al cónyuge de buena fe los efectos jurídicos que se mantienen son los siguientes: *a)* Conserva la nacionalidad española adquirida por residencia abreviada de un año como consecuencia del matrimonio con un ciudadano español; *b)* Puede obtener la indemnización prevista en el art. 98 CC; y *c)* Conserva los derechos sucesorios sobre la herencia de su cónyuge, siempre que el fallecimiento de éste sea anterior a la fecha en que se declara la nulidad matrimonial³⁹.

A su vez, en alguna SAP⁴⁰ se recoge que a pesar de que el matrimonio sea nulo, si ambos cónyuges contrajeron matrimonio de buena fe y creían que no existía ningún tipo

³⁸ Cfr. LASARTE, C.: “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”, op. cit., p. 79.

³⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., p. 185.

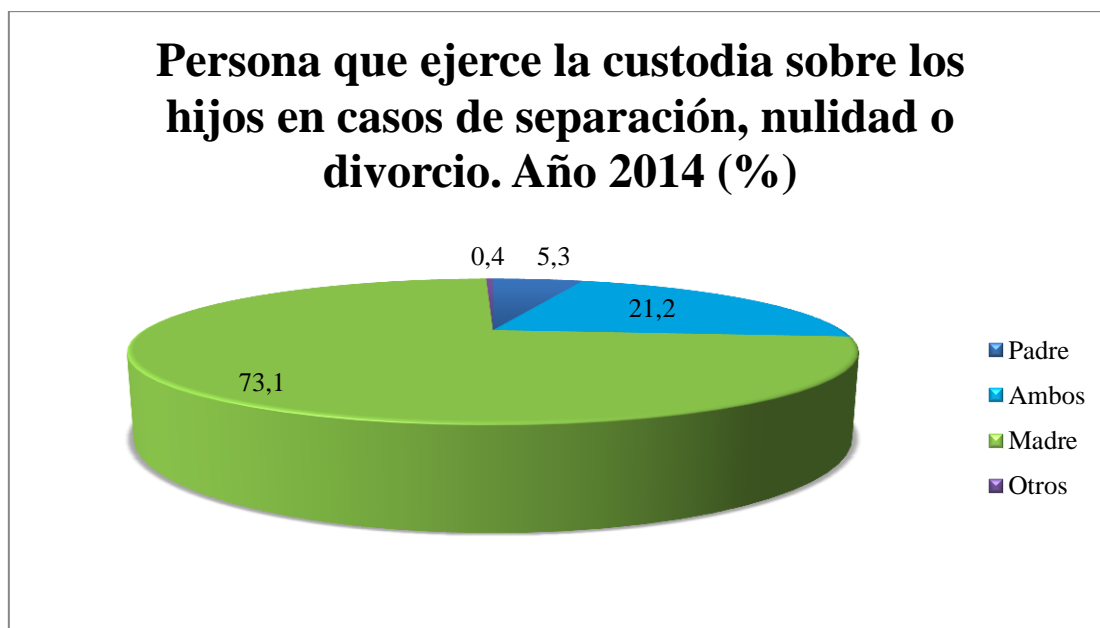
⁴⁰ SAP de Málaga, de 14 de diciembre de 1994 [AC\1994\2306], Literalmente, en su F.J. 4º recoge: “cuando contrajeron matrimonio canónico doña María(...) y don Pedro (...), la sentencia de divorcio de doña María R. y don R. S. no era firme por lo que según disponen los arts. 46. 2, y 73.2 CC, el matrimonio contraído por los litigantes era nulo; (...) los contrayentes ya tenían conocimiento de la sentencia de divorcio referida y creían de buena fe que no había impedimento para celebrar su matrimonio,(...) es aplicable el art. 79, el cual dispone que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe, la cual además se presume, por lo que procede así declararlo respecto de las dos partes litigantes.”

de impedimento, se aplicará el art. 79 CC y no se invalidarán los efectos que ya se hubiesen producido en relación a los hijos y a ambos contrayentes de buena fe.

Como conclusión y en relación a nuestro caso, si se llegase a declarar nulo el matrimonio, en relación al impedimento de parentesco, el mismo se trataría de un matrimonio putativo puesto que se considera que ni Leticia ni Felipe actuaron de mala fe a la hora de contraer matrimonio. Existen múltiples constancias de ello, para empezar, desde un principio existía un fuerte interés por ambos contrayentes en realizar una convivencia común, así como una descendencia también común, primero adoptando Felipe a Antonio, hijo de Leticia, y posteriormente teniendo una hija con Leticia, Lucía. Así, en aplicación del art. 79 CC, se mantendrán los efectos que ya se hubiesen producido sobre los hijos y sobre los contrayentes, a pesar de que el matrimonio se hubiese declarado nulo.

3.3 Efectos y medidas comunes a la nulidad, separación y divorcio

La nulidad, separación o divorcio (a nosotros nos interesa especialmente la nulidad y el divorcio), provoca una serie de consecuencias: entre los cónyuges, en relación a los hijos y a las cosas que comparten (vivienda, bienes, etc.). Además de los efectos particulares que provoca cada una de estas crisis matrimoniales, habiendo analizado ya la nulidad y el divorcio, existen una serie de efectos comunes, que aparecen regulados en el CC entre los arts. 90 y 101 CC. Dichos efectos se caracterizan por un carácter principalmente patrimonial, aunque también poseen un componente personal, como puede ser la atribución de la guardia y custodia de los hijos.



Fuente: Elaboración propia a partir de “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”⁴¹.

⁴¹ LASARTE, C.: “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”, op. cit., p.140.

Como se puede observar en el gráfico anterior, en los casos de nulidad, separación y divorcio, la custodia de los hijos se suele atribuir a la madre, en segundo lugar a ambos, y en un porcentaje menor al padre. Como podemos observar, el porcentaje a favor de la madre es abrumador con respecto al del padre.

En cuanto a las medidas comunes, nos encontramos con diferentes tipos de medidas:

Las medidas provisionalísimas, aparecen recogidas en el art. 771 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴², “como medidas provisionales previas a la demanda, son aquellas que pueden adoptarse en una fase preliminar, incluso antes de haber interpuesto una demanda de nulidad, separación o divorcio”⁴³. El art. 104 CC recoge que el cónyuge que se propone demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, puede solicitar los efectos y las medidas que aparecen recogidas en los arts. 102 y 103 CC.

Una vez que se solicitan, el Secretario Judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al MF a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo, celebrándose en los diez días siguientes. Si en el acto de comparecencia no se llegara a un acuerdo sobre las medidas a adoptar, o si dicho acuerdo no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba propuesta, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquella, el tribunal resolverá en el plazo de tres días mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno. Los efectos y medidas acordados solo subsistirán si se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio dentro de los treinta días siguientes a su adopción (art. 771 LEC)⁴⁴.

Las medidas provisionales “son las medidas que se adoptan una vez que es admitida la demanda”⁴⁵. Admitida la demanda de separación, divorcio o nulidad, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, adoptará, con audiencia de éstos, las siguientes medidas provisionales:

- Determinar, en interés de los hijos, a quién se le atribuye la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, y tomar las decisiones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos pueda cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.
- Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, a cuál de los cónyuges se le atribuye el uso de la vivienda familiar y la propiedad del ajuar que se encuentre en la vivienda; así como también las medidas cautelares convenientes para conservar y preservar el derecho de cada uno.

⁴² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, op. cit. p. 103.

⁴⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, op. cit., p. 191.

⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011, p.167.

- Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, como puede ser la pensión de alimentos o la pensión compensatoria.
- Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge, y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.
- Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio⁴⁶.

Las medidas provisionalísimas y las medidas provisionales aparecen recogidas en nuestro CC en los arts. 102 a 106 CC.

Las medidas definitivas son las que van a regir desde que se adquiere firmeza la sentencia de nulidad, separación y divorcio. Como señala el art. 106 CC, hasta esa fecha van a regir las medidas provisionalísimas y las provisionales, que en ese momento serán substituidas por las medidas definitivas. Las medidas definitivas pueden establecerlas los cónyuges, de mutuo acuerdo, en el convenio regulador, con la aprobación posterior por el juez, o en su defecto el juez las determinará en la sentencia⁴⁷.

Dentro de estas medidas definitivas nos encontramos con:

- Medidas relativas a la patria potestad y a la guardia y custodia.
- Medidas relativas a la pensión de alimentos en favor de los hijos.
- Medidas referentes al derecho de visita.
- Medidas relacionadas con la sociedad de gananciales.
- Medidas sobre el uso de la vivienda y el ajuar familiar.

3.4 Pensión de alimentos

A la hora de analizar si les corresponde pensión de alimentos a los hijos de dicho matrimonio, diferenciaremos dos situaciones, en primer lugar si le corresponde a Antonio, hijo biológico de Leticia y adoptado por Felipe, y a Lucía, hija biológica de ambos cónyuges.

Los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos, aunque hayan sido privados de la patria potestad, ya que el fundamento de esta obligación radica en la relación de la filiación. Tal obligación es una “carga del matrimonio”, pero cuando hay disolución o separación del matrimonio ha de especificarse en qué cuantía ha de contribuir cada progenitor en los alimentos que precisan los hijos menores.

El término alimentos comprende el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, instrucción, etc. El art. 93 CC exige que se especifique esta contribución en la sentencia de nulidad, separación o divorcio. Esta es la función que

⁴⁶ Cfr. NEBOT LÓPEZ, C.: “*Derecho de Familia*”, op. cit., pp. 22 y 23.

⁴⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, op. cit. p. 108.

cumple este precepto, que distingue en función de que los hijos sean menores o mayores de edad o emancipados⁴⁸.

La obligación de alimentar a los hijos menores surge con independencia de su situación de necesidad y de las posibilidades económicas de sus progenitores⁴⁹. Por lo tanto, a pesar de que el cónyuge obligado a prestar la pensión de alimentos a sus hijos, se encuentre en una situación de dificultad económica, sería obligatoria dicha pensión, ya que si no, se contradeciría el art. 154 CC, que establece la obligación de alimentar a los hijos menores no emancipados. Así, lo recogen varias SAP⁵⁰, donde se establece la obligatoriedad de la existencia de la pensión de alimentos a los menores de edad sobre los cuales se tenga la patria potestad.

Existen dudas acerca del régimen jurídico que ha de aplicársele a la pensión de alimentos, cuando se trate de hijos menores o mayores de edad. En un principio, parecía claro que si se trataba de hijos mayores de edad o emancipados, que no tuviesen recursos propios y viviesen en el hogar familiar, se le deberían aplicar los arts. 142 CC y ss., relativos a los alimentos entre parientes. Por el contrario, si se tratase de hijos menores de edad, estarían excluidos del régimen sobre alimentos entre parientes, ya que el tipo de alimentos de estos últimos, tendría una mayor amplitud, como hacen referencia varias sentencias del TC, que recogen que, si en la pensión de alimentos a los parientes se les ha de facilitar el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; a los hijos no se les reduce a la mera subsistencia, es un deber más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad⁵¹.

Al mismo tiempo, el propio TS reconoce que el régimen jurídico que se le aplica a los alimentos de los hijos menores se diferencia perfectamente de los alimentos entre parientes y establece que los alimentos debidos a los hijos no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes⁵². Por lo tanto, a pesar de que en un principio se establecían las normas de alimentos entre parientes para la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad, esto ha cambiado.

Sin embargo, a pesar de la distinción entre ambos tipos de obligaciones alimenticias, esto no impide que puedan aplicarse normas de alimentos entre parientes a los alimentos a los hijos menores de edad. El TS ha sentado la doctrina jurisprudencial de que cabe la aplicación del art. 148 CC –que fija el abono de la pensión de alimentos entre parientes desde la fecha de interposición de la demanda– a los alimentos a los hijos menores en las situaciones de crisis matrimonial; poniendo fin a una larga disputa sobre este aspecto en cuestión⁵³.

⁴⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, op. cit. p. 115.

⁴⁹ SAP de Vizcaya, de 30 de septiembre de 2013 [JUR 2013\341189], SAP de Vizcaya, de 25 de septiembre de 2013 [JUR 2013\341036].

⁵⁰ SAP de Vizcaya, de 25 de septiembre de 2013 [JUR 2013\341036], véase su F.J. 2.

⁵¹ STC del 14 de marzo de 2005 [RTC 2005\57]; Véase su F.J. 6º.

⁵² STS de 3 de octubre de 2008 [RJ 2008\7123].

⁵³ STS de 3 de octubre de 2008 [RJ 2008\7123]; STS de 4 de diciembre de 2013 [RJ 2013\7879]; STS de 26 de marzo de 2014 [RJ 2014\2035].

Podría existir algún tipo de duda a la hora de si sería posible una pensión de alimentos para Antonio por parte de Felipe, ya que se trata de un hijo adoptado. Sin embargo, existe abundante jurisprudencia⁵⁴ que elimina cualquier tipo de dudas afirmando que si la adopción del hijo ha sido válida, la filiación no matrimonial se equipara con la matrimonial, por lo tanto, se debe fijar la pensión de alimentos que le han de satisfacer al hijo adoptivo, al igual que se hace con los hijos biológicos, sin hacer discriminación alguna por razón de la filiación.

A modo de resumen, se entiende que la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva van a tener los mismos efectos, en relación con la pensión de alimentos como recoge el art. 108 CC. Por lo tanto, corresponderá de la misma manera una pensión de alimentos en favor de Antonio.

Por todo ello y una vez analizado todo lo anterior, podemos concluir que Lucía y Antonio se encuentran en la misma posición a la hora de recibir la pensión de alimentos, la cual le corresponderá a ambos. En caso de que no se pongan de acuerdo ambos cónyuges, el juez la determinará en la sentencia, estableciendo que cónyuge queda obligado a pagar la pensión de alimentos; en el caso que nos ocupa lo más normal sería que se le atribuyese la custodia a su madre, Leticia, tal como se ha visto reflejado en los porcentajes de la gráfica vista anteriormente, recayendo sobre su padre, Felipe, la obligación de pagar la pensión de alimentos.

⁵⁴ SAP de Asturias, de 23 de septiembre de 2004 [JUR 2005\1006]; véase su F.J. 2º.

4. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda (donde residen actualmente, situada en Lugo)?

Para comenzar, analizaremos la donación realizada por María, madre de Felipe, y posteriormente nos centraremos en analizar a quien se le debería atribuir el uso de la vivienda.

4.1 Las donaciones por razón de matrimonio

La vivienda situada en Lugo, en la que residen actualmente, se trata de un regalo de bodas hecho por María, madre de Felipe; acordando entre madre e hijo, que el propietario fuese únicamente Felipe. Se trataría de una donación por razón de matrimonio.

Las donaciones por razón del matrimonio aparecen reguladas en el CC en los arts. 1336 a 1343 CC. Así, podemos encontrar una definición de dicha donación en el propio art. 1336 CC: “*Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos.*”

Los presupuestos básicos que permiten según el legislador la identificación de la donación por razón de matrimonio son los siguientes:

- En primer lugar, han de realizarse de forma necesaria antes de la celebración del matrimonio. La *antenuptialidad* es una característica propia de la institución, conocida desde antiguo.
- De otra parte, las donaciones deben hacerse, por tanto, en contemplación de un futuro matrimonio o de un matrimonio anunciado, de cuya efectiva celebración depende la eficacia de las donaciones realizadas.
- Cabe que ese donatario sean ambos, o por el contrario, uno solo de los esposos, como ocurre en este caso, la donación se realiza a favor de Felipe únicamente.
- La precisión relativa a que puede ser donatario uno solo de los esposos debe ponerse en conexión con el hecho de que la donación puede hacerla cualquier persona y que, por tanto permite considerar incluso el supuesto, de que uno de los esposos sea precisamente el donante, en favor del otro⁵⁵.

En cuanto a los sujetos que pueden realizar dicha donación, además de poder ser los propios cónyuges, como ya se ha dicho anteriormente, también puede ser un tercero, no tiene por qué ser necesariamente uno de los futuros esposos.

En cuanto a la ineficacia de dicha donación, aparece regulada en los arts. 1342 CC y 1343 CC. El art. 1342 CC declara ineficaz la donación por razón del matrimonio en caso de que no se lleve a cabo el matrimonio esperado en el plazo de un año, desde el momento en el que se realizó la donación, ahora bien, se permite al donante prolongar ese plazo por su propia voluntad.

⁵⁵ Cfr. LASARTE, C.: “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”, op. cit., p. 173.

El art. 1343.1CC recoge como causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio las causas comunes u ordinarias, como pueden ser el incumplimiento de cargas impuestas por el donante (art. 647 CC), la ingratitud (art. 648 CC). Pero, la principal diferencia es que, de supervivir hijos en dicho matrimonio, no será posible la revocación de la donación ya realizada.

El propio art. 1343 CC en su apartado dos recoge lo siguiente:

“En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron.”

Por lo tanto, en el presente caso como nos encontramos ante una donación realizada por un tercero, como se puede considerar que el divorcio o la posible solicitud de la anulación del matrimonio es debido al mal comportamiento del donatario, se podría revocar la donación realizada por María a su hijo Felipe como regalo de bodas.

4.2 Atribución del uso de la vivienda familiar

Se puede definir la vivienda familiar como “aquella superficie terrestre que reuniendo los requisitos esenciales de habitabilidad y poseída en virtud de algún título jurídico, sirve para dar cumplimiento de los fines individuales y familiares”⁵⁶.

Las normas jurídicas que regulan esta materia “se encuentran inspiradas en el principio del interés superior del menor, ya que se aproximan más a los derechos de la personalidad, que a los títulos jurídicos que la conforman”⁵⁷.

La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar se trata de una de las medidas judiciales o definitivas en los casos de separación, nulidad o divorcio. Aunque el juez ya puede haberse pronunciado con anterioridad, al abordar las medidas provisionales, como viene recogido en el art. 103.2ª CC.

Dicha atribución del uso de la vivienda familiar viene recogido en el art. 96 CC, que recoge lo siguiente:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

⁵⁶ SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, S.A., Madrid, 1999, p. 12.

⁵⁷ CRUZ GALLARDO, B.: *La guardia y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p.370.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

Así, “el art. 96 CC permite al Juez disociar la titularidad y el uso de tales bienes, atribuyendo el derecho de uso a los hijos y/o cónyuge que, pese a no ser propietarios de ellos, se encuentren en condiciones que así lo aconsejen”⁵⁸. Sin embargo, para atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular, el requisito fundamental es que se trate de un bien privativo del otro cónyuge, independientemente de que nos encontremos con un matrimonio en régimen de separación de bienes o gananciales⁵⁹.

Para establecer un concepto de vivienda familiar tenemos que acudir a la doctrina del TS, puesto que como se aprecia, el CC no nos ofrece un concepto de vivienda familiar. Así, ha de entenderse por vivienda familiar el lugar en el que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia⁶⁰.

Dado que Felipe y Leticia se encontraban residiendo en la vivienda de Lugo junto con sus hijos desde el 17 de mayo de 2015 y como mínimo hasta el 16 de junio de 2016, se considerará esta como la vivienda familiar.

A la vez, la STS de 9 de mayo de 2012 [RJ\2012\5137]⁶¹, afirma que debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las AAPP en esta materia: “*en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*”.

Quedarían así excluidos los locales comerciales o aquellos en los que uno de los cónyuges ejerza su profesión, siempre que el ejercicio de dicha actividad o profesión sea el destino principal del local⁶². En nuestro caso, se trataría únicamente de la vivienda situada en Lugo.

Existen diferentes criterios, recogidos en el art. 96 CC, a la hora de determinar el uso de la vivienda familiar:

1º.- El principio general en la materia es que a falta de acuerdo entre los cónyuges, aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso

⁵⁸ LASARTE, C.: “*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*”, op. cit., p. 128.

⁵⁹ Cfr. CERVILLA GARZÓN, Mª.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.44.

⁶⁰ STS de 31 de mayo de 2012 [RJ\2012\6550]; véase su F.J. 3º.

⁶¹ Véase su F.J. 4º.

⁶² Cfr. SERRANO GÓMEZ, E.: “*La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*”, op. cit., p. 12.

ordinario en ella, corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden⁶³; esto se produce en aplicación del *favor filii*⁶⁴.

Así lo reconoce la doctrina del TS, que afirma que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, y que esta atribución no puede ser limitada por el Juez⁶⁵.

Así, como afirma la profesora CUENCA CASAS y el propio TS⁶⁶, “al margen de quien sea el cónyuge propietario del inmueble, el art. 96 CC dispone que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”⁶⁷. Puede con ello suceder que siendo la vivienda privativa de uno de ellos o común, el uso de inmueble se atribuya al cónyuge al que se le conceda la custodia de los hijos menores. Tal uso es gratuito por lo que, independientemente de su capacidad económica, el cónyuge custodio, podrá residir sin coste alguno por tal concepto en el inmueble. Así lo reconoce también el TS.

“Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”⁶⁸. Esto supone una restricción del derecho de propiedad ya que lleva implícito el no poder disfrutar y disponer de la vivienda de forma plena.

Por otro lado, la STS de 17 de octubre de 2013 [RJ\2013\7255]⁶⁹, recoge lo siguiente:

“El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.”

Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda no puede ser temporal, sino que incluye todo el tiempo en que los menores lo continúen siendo. Por lo tanto “no cabe limitar temporalmente el derecho del uso hasta el momento de la liquidación de la

⁶³ Cfr: LASARTE, C.: “Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil”, op. cit., p. 128.

⁶⁴ El *favor filii* lo podemos observar en la doctrina y jurisprudencia, como así recoge la SAP de Castellón, de 20 de abril de 2012 [AC 2000\1012], en su F.J. 2º, que afirma que “cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores del matrimonio ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para el menor («favor filii»)”; o también en la STSJ de Aragón, de 30 de octubre de 2013 [RJ 2013\8499], en su F.J. 4º, que recoge: “La prevalencia del interés del menor o favor filii opera en nuestro ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor”; STS de 1 de abril de 2011 [RJ 2011\3139].

⁶⁵ STS de 1 de abril de 2011 [RJ\2011\3139]; Véase su F.J. 5º. STS 9 de mayo de 2008 [RJ 2008\2970], STS de 22 de octubre de 2008 [RJ 2008\5784], STS de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2009\524].

⁶⁶ STS de 21 de mayo de 2012 [RJ\2012\6532]; Véase su F.J. 4º.

⁶⁷ CUENCA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario.” en *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. 1, num.2 (abril/junio 2014), Estudios, 2014, pp. 1 y 2.

⁶⁸ NEBOT LÓPEZ, C.: “Derecho de Familia”, op. cit., p. 19.

⁶⁹ Véase su F.J. 1º.

sociedad de gananciales”⁷⁰. Refiriéndonos siempre al caso de que la atribución del uso recaiga sobre el cónyuge no titular.

2º- Cuando cada cónyuge tiene la guardia y custodia de alguno de los hijos, resuelve el juez, “teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección. En ese caso en concreto, para valorar cuál es el mencionado interés puede atenderse a circunstancias tales como la edad de los hijos o si alguno de ellos tiene alguna discapacidad física o psíquica, los recursos económicos de cada núcleo familiar o a cuál de los cónyuges corresponde la custodia de un número mayor de hijos”⁷¹.

3º- Por último, si no hay hijos al cuidado de alguno de los cónyuges, o si los hijos son mayores de edad, la regla general es que el uso de la vivienda corresponda al cónyuge titular del derecho a usarla.

Ante este tercer caso puede surgir también el problema planteado anteriormente de que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no es titular de la misma. Pero ante esta situación, debe establecerse un uso temporal de dicha vivienda, como así se indica en la STS de 25 de mayo de 2015 [RJ\2015\2273]⁷², que recoge que “*existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular*”.

Ante esta situación, si el cónyuge titular de la vivienda familiar pero que no posee el uso de la misma, realiza un acto de disposición sobre ella sin tener en cuenta el consentimiento del cónyuge usuario, o sin autorización judicial, el cónyuge usuario podrá instar la anulación del acto, como así recoge el art. 1322 CC⁷³. Además, este derecho de uso podrá ser oponible ante los terceros que hayan adquirido directamente del cónyuge propietario en una venta voluntaria, salvo como afirma el art. 1320.2 CC⁷⁴, que haya existido buena fe por parte de dicho tercero.

Como conclusión y dando solución a nuestro caso, existen dos supuestos diferentes a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta siempre que el matrimonio ha quedado disuelto.

En primer lugar, si se le concede la guarda y custodia de los hijos menores de edad a la madre, Leticia, le correspondería a la madre el uso de la vivienda familiar, pese a no ser la titular de la misma. Como se ha afirmado anteriormente, ante dicha situación, existiría una limitación temporal en este uso.

⁷⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, op. cit. p. 120.

⁷¹ COSTAS RODAL, L.: “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016, p. 3.

⁷² Véase su F.J. 2º.

⁷³ Literalidad del art.1322 CC: “*Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.*

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.”

⁷⁴ Literalidad del art. 1320.2 CC: “*La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.*”

En segundo lugar, al existir dos hijos, pudiendo tener la guarda y custodia de los mismos ambos cónyuges, o bien, uno con cada cónyuge, será el juez el encargado de atribuir el uso de la vivienda familiar. En nuestro caso y ante esta situación, el uso de la vivienda familiar debería ser atribuido a Leticia, ya que como se ha dicho anteriormente, atendiendo a la capacidad económica de cada núcleo familiar, la más desfavorecida sería ella, ya que carece de un empleo o fuente de ingresos estable y de vivienda propia.

5. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?

Para comenzar, analizaremos los posibles delitos que se podrían haber cometido, como pueden ser la violencia en el ámbito familiar, las amenazas, las lesiones y la violencia habitual en el ámbito familiar. Para concluir, analizaremos un estudio acerca de las posibles medidas innovadoras que se pueden usar para proteger a las víctimas de violencia de género.

5.1 La violencia en el ámbito familiar

Para comenzar abordaremos un concepto de violencia de género y los diferentes términos empleados, para posteriormente entrar de lleno en la regulación y análisis del art. 153 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷⁵.

La regulación de la violencia en el ámbito familiar de forma específica fue introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁷⁶ y modificado posteriormente por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁷. Posteriormente se ajustó su contenido a la supresión de las antiguas faltas y su sustitución por los delitos leves con la reforma del CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷⁸.

A la hora de referirnos a este tipo de violencia, se emplean diferentes términos, como pueden ser: “violencia doméstica”, “violencia familiar”, “violencia de género”, o “violencia contra la mujer”⁷⁹. Lo que está claro, es que este tipo de violencia, que podemos llamar de género, tiene como finalidad controlar a la mujer y mantenerla en una posición de subordinación.⁸⁰

El art. 1 LVG, recoge un concepto de violencia de género, “se trata de toda violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Esta violencia comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Por lo tanto, “pese a comprender todo acto de violencia física y psicológica, no todo acto de esta naturaleza podrá ser definido como violencia de género, pues será preciso aún, de acuerdo con el art. 1.1 LVG, que aquélla se ejerza sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a

⁷⁵ BOE núm. 281, de 24 de septiembre de 1995.

⁷⁶ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

⁷⁷ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

⁷⁸ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁷⁹ Cfr. GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, BOSCH, Barcelona, 2010, p.7.

⁸⁰ STS de 26 de diciembre de 2002 [RJ 2003\552].

ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres hacia ellas”⁸¹.

La LVG introdujo en el art. 153 CP un polémico precepto, en el que se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las recogidas en el art. 147.2 CP o bien alguna de las conductas recogidas en el art. 147.3 CP, como puede ser golpear o maltratar de obra sin causar lesión. Este art. 153 CP recoge dos modalidades, el primer apartado regula la violencia de género y el segundo la violencia doméstica, y ahora, analizaremos más a fondo cada una de ellas.

El apartado primero del art. 153CP recoge el marco penal más severo, se trata de una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez lo considere adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

El concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección lo podemos encontrar en el art. 25 CP, que la define como *“aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*.

Las víctimas que pueden sufrir el delito recogido en este apartado primero son:

- Mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

Como recoge la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género⁸²; tiene que ser *“sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia.”* Sobre este aspecto se pronunció también el TC, admitiendo la posibilidad de diferentes interpretaciones, pero también recordando que el sentido de la Ley de Violencia de Género es castigar de forma especial los hechos que corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁸³. Ejemplos de la veracidad de que tienen que ser este determinado tipo de sujetos lo podemos encontrar en diferentes sentencias de las AAPP⁸⁴.

⁸¹ PUENTE ALBA, L.M.: *La respuesta penal a la violencia de género*, Comares, Granada, 2010, p. 46.

⁸² [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2015-10050100604_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares,_consultas_e_instrucciones_de_la_Fiscal%EDa_General_del_Estado_\(30/05/2017\).](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2015-10050100604_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares,_consultas_e_instrucciones_de_la_Fiscal%EDa_General_del_Estado_(30/05/2017).)

⁸³ STC de 14 de mayo de 2008 [RTC 2008\59].

⁸⁴ SAP de Burgos, de 18 de mayo de 2009 [ARP 2009\857]; SAP de Islas Baleares, de 31 de enero de 2008 [JUR 2008\192690].

A su vez, la aplicación de dicho precepto no se realiza de forma automática, sino sólo cuando se comprueba la situación de desigualdad y discriminación; que fue lo que en realidad motivó al legislador para incorporarlo al CP. Así, en alguna SAP se afirma que para que el tipo recogido en el art. 153 CP sea aplicable, ha de ser reflejo de una situación, aunque sea temporal, de abuso de poder, desigualdad y dominación entre autor y víctima por imperativo mismo de la ley⁸⁵.

- Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Este tipo de víctima no viene condicionada por razón de sexo ni por tener una relación de parentesco o de afectividad concreta con el autor. “Pueden ser sujeto activo y pasivo de la conducta descrita tanto un hombre como una mujer. La única exigencia es la convivencia con el autor, entendiéndose por tal tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar de manera periódica. El fundamento se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones, bien de naturaleza personal (edad –avanzada o reducida-, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre)”⁸⁶.

El apartado segundo del art. 153 CP recoge un tipo atenuado respecto al anterior, castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Las víctimas que pueden sufrir el delito recogido en este apartado segundo son:

- Cónyuge o ex – cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia (exceptuando las mujeres, previstas en el apartado anterior).
- Descendientes, ascendientes o hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente;
- Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del cónyuge o conviviente;
- Persona amparada en cualquier otra relación por la que esté integrada en el núcleo de convivencia familiar;
- Personas que por su especial vulnerabilidad estén sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Al no recoger el 153.2 CP la expresión de la protección del género femenino frente al masculino, incluye también el caso de las parejas homosexuales.

⁸⁵ SAP de Barcelona, de 27 de febrero de 2013 [JUR 2013\187149].

⁸⁶ GÓMEZ RIVERO, M^ªC.: *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 110.

Nos encontramos así, bajo la modalidad del art. 153.2 CP con agresiones entre hermanas⁸⁷ o una mujer que propinó dos bofetadas a su ex compañero sentimental bajo una discusión para que él volviese con ella⁸⁸.

Dentro del art. 153 CP, las penas del apartado primero, cuando recae sobre la mujer -pareja o ex-pareja- y persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, son superiores a las del resto de sujetos pasivos.

Esto planteó numerosas críticas: por un lado, al considerarse que suponía una vulneración del principio de proporcionalidad, al castigar con penas de prisión conductas que suponían poco peligro para la integridad física. Ante esta situación el TC rechazó dicha objeción entendiendo que si existía proporcionalidad, ya que hay que tener en cuenta la especial problemática de la violencia de género en España⁸⁹.

Por otro lado, se planteó si podría existir una posible vulneración del principio de igualdad, al tener más pena el delito de varón a mujer que de mujer a varón.

El TC rechazó esa posible duda al entender que la violencia de hombre a mujer conlleva una lesividad superior a la de otras formas de agresión, ya que además de la afectación a la integridad física de la víctima, suele conllevar una conducta de discriminación y sometimiento de la mujer al hombre⁹⁰.

A su vez, este delito, prevé distintas penas en función de quién sea el sujeto pasivo del delito. Así tiene una posibilidad de agravación y otra de atenuación:

En cuanto al tipo agravado, viene recogido en el art. 153.3 CP, conlleva penas en su mitad superior: por cometer el delito en presencia de menores⁹¹, utilizando armas⁹², en el domicilio común o de la víctima⁹³, o quebrantando penas del art. 48 CP, entre las que se encuentra la orden de alojamiento, o medidas de análoga naturaleza.

En cuanto al tipo atenuado, viene recogido en el art. 153.4 CP, conlleva posibilidad de pena inferior en grado atendiendo a las circunstancias del autor y del hecho. La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003 sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica⁹⁴, “señala que el fundamento de la atenuación responde a razonables exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, habida cuenta de la singularidad de la reforma y de la materia a regular, con lo cual debe individualizarse en cada caso la gravedad del hecho atendiendo a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en su realización”⁹⁵.

⁸⁷ SAP de Pontevedra, de 26 de febrero de 2008 [JUR 2008\144555].

⁸⁸ SAP de A Coruña, de 25 de septiembre de 2014 [JUR 2014\266112].

⁸⁹ ATC de 7 de junio de 2004 [RTC 2004\233].

⁹⁰ STC de 14 de mayo de 2008 [RTC\2008\59].

⁹¹ SAP de Barcelona, de 5 marzo de 2008 [JUR 2008\173376]; SAP de Sevilla, de 8 de julio de 2014 [JUR 2014\264762].

⁹² SAP de La Rioja, de 23 de agosto de 2004 [ARP 2004\630].

⁹³ SAP de La Rioja, de 23 de agosto de 2004 [ARP 2004\630].

⁹⁴ https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2015-10050100604_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares,_consultas_e_instrucciones_de_la_Fiscal%EDa_General_del_Estado

⁹⁵ GÓMEZ RIVERO, M^{CA}.: *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 113.

Así se han dado casos en los que se ha atenuado la pena, consistiendo en un manotazo en la cara sin causar lesión, sin tener antecedentes penales el autor y encontrarse éste en estado de embriaguez⁹⁶.

5.2 Las lesiones

En el delito de lesiones el bien jurídico que se protegido es la salud, entendiendo como tal el “estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones”⁹⁷.

El tipo básico de lesiones se contiene en el art. 147.1 del CP, donde se castiga a quien *“por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental... siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”*.

Este delito recogido en el art.147.1CP, lleva aparejada una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses.

Como puede observarse, no requiere únicamente que se cause una lesión, sino que se requiere que haya existido una primera asistencia facultativa y, además, algún tipo de tratamiento médico o quirúrgico.

Se entiende por asistencia facultativa la atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan a quien los necesita. Se incluyen, pues, todos aquellos comportamientos dirigidos a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos de la salud; también los cuidados paliativos para reducir el sufrimiento y las medidas preventivas dirigidas a impedir la aparición de menoscabos vinculados a la agresión.

Se entiende, en cambio, por tratamiento médico *“aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica”*⁹⁸.

En cuanto al tratamiento quirúrgico, se entiende por éste un tratamiento reparador del cuerpo para corregir cualquier alteración funcional u orgánica. Se incluye, por ejemplo, cualquier tipo de cirugía.

⁹⁶ SAP de Madrid, de 17 de julio de 2014 [JUR 2014\245810].

⁹⁷ MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, S.L., Madrid, 2016, p.70.

⁹⁸ STS de 26 de enero de 2016 [RJ\2016\360].

Es necesario que entre la acción y el resultado se dé una relación de causalidad, ya que si se rompe el nexo causal, no habrá delito de lesiones.

Dentro del artículo 147 CP, nos encontramos con una serie de tipos atenuados que recogen las antiguas faltas de lesiones.

Así, el art. 147.2 CP castiga al “*que, por cualquier medio causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior*”. No exige que haya un tratamiento médico o quirúrgico. Conlleva una pena de multa de uno a tres meses. Dicho precepto fue objeto de reforma en el año 2015, cuando en el CP las faltas de lesiones se incorporaron al catálogo de delitos leves⁹⁹.

El art. 147.3 CP castiga al “*que golpear o maltratar de obra a otro sin causar lesión*”. Por lo tanto no se requiere un resultado de lesión, es decir, un menoscabo a la integridad corporal o la salud física o mental, sino que basta probar la existencia de golpes, empujones o conductas similares. Conlleva una pena de multa de uno a dos meses.

El CP también prevé una serie de tipos agravados para este delito, que vienen recogidos entre los arts. 148 a 150 CP, siendo castigados con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o al riesgo producido.

El tipo agravado que nos interesa para el caso es el recogido en el art. 148. 4º CP, que se da en aquel caso en que la víctima fuese o hubiese sido esposa, o mujer que estuviese o hubiese estado unida al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, situación que se cumple en el caso. Dicho art. 148.4º CP, “sanciona especialmente delitos violentos cometidos entre personas que tienen una relación especial, por la mayor gravedad que supone el hecho de que el autor ha tenido una especial vinculación”¹⁰⁰ con la víctima.

5.3 Amenazas

Se entiende por amenaza el anuncio de causar a otro o a su familia un mal en su persona, honor o propiedad.

El mal que se amenaza ha de ser un mal futuro, concreto y con apariencia de seriedad y firmeza. Por lo tanto quedan fuera de estos delitos los males inconcretos, poco serios o inverosímiles. A la vez, el TS afirma que dicho mal con el que se amenaza debe ser injusto, determinado, posible y dependiente en su realización efectiva de la voluntad del sujeto¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. TOVAR TORRES, M.: *Reforma Código Penal 2015*, Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2015, p.23.

¹⁰⁰ ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA VV, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales*, MUERA ESPARZA, J., Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 37.

¹⁰¹ STS de julio de 1999 [RJ 1999\5341]; STS de 20 de abril de 2007 [RJ 2007\3137].

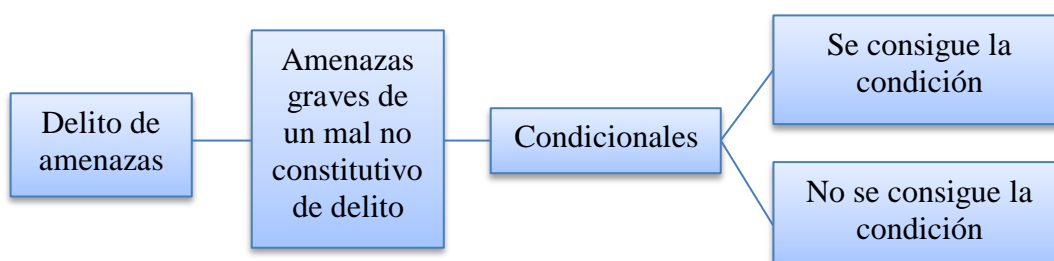
El bien jurídico que se protege es la libertad a la hora de actuar o de no actuar, y de hacerlo según el modo o la forma que el sujeto decida, afectando así a la libertad del sujeto.

Siguiendo el criterio del TS, hay que tener en cuenta que las amenazas son delitos que dependen de sus circunstancias, de cómo se pronuncian las palabras, etc.¹⁰², por lo que parece adecuado considerar atípico el caso en que la víctima, a causa de su especial cobardía, se siente intimidada pese a que la actuación del autor carece de capacidad intimidatoria frente a una persona normal.

A pesar de que existen diferentes tipos de amenazas, las que nos van a interesar a nosotros serán las amenazas de un mal no constitutivo de delito y las amenazas leves en el marco de la violencia de género, doméstica y cuasi-doméstica. (Art. 171 apartados 4, 5 y 6).

Las amenazas de un mal no constitutivo de delito vienen recogidas en el art. 171 CP, en su apartado primero. Este tipo de amenazas son siempre condicionales, y dicha condición se trata de una conducta no debida. Además, el mal con el que se le amenaza puede ser lícito o ilícito, como puede ser la firma de un contrato.

A continuación, recogemos un esquema explicativo del delito de amenazas, concretamente de las amenazas de un mal no constitutivo de delito.



Fuente: Elaboración propia a partir de “Curso de Derecho Penal. Parte especial”¹⁰³.

A la hora de castigar este delito, existe una diferencia de penas en cuanto a la hora de haber conseguido el autor su propósito o no. En el caso de que el autor no hubiese conseguido su propósito, conllevará una pena de prisión de tres meses a un año o una multa de seis a veinticuatro meses; y en el caso de que el autor hubiese conseguido su propósito, se aplicará la pena en su mitad superior.

Según el art. 171.4 CP, las amenazas leves se consideran delito cuando la víctima es la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Constituyen así las llamadas amenazas leves en el marco de la violencia de género, doméstica y cuasi-doméstica. Dicho apartado fue introducido por la LVG junto

¹⁰² STS de 26 de octubre de 2005 [RJ 2006\1543]; STS de 6 de marzo de 2006 [RJ 2006\1810].

¹⁰³ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson S.L., Madrid, 2016, p. 109.

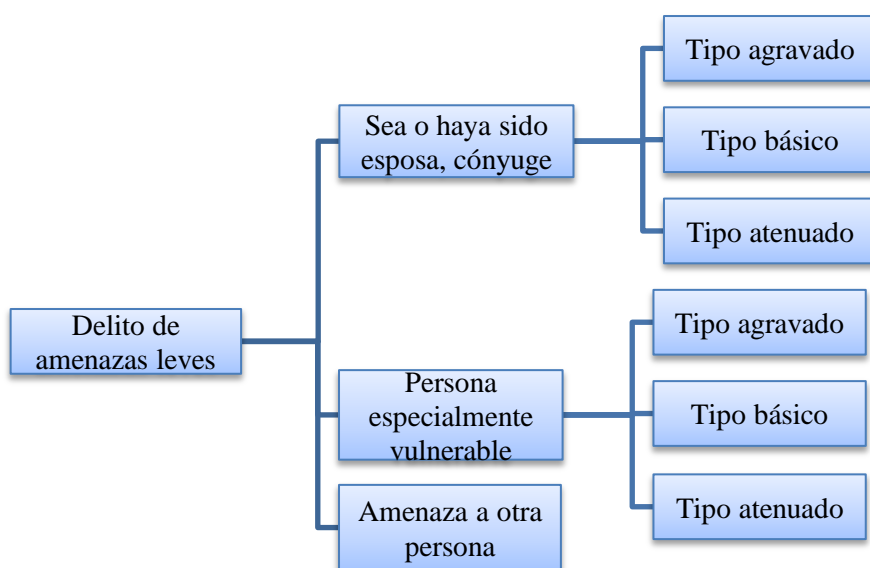
a otros dos dentro de este mismo artículo, teniendo en cuenta los sujetos activos y pasivos y la relación existente entre ellos.

La pena que conlleva es de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

De acuerdo con el art.171.5 CP, por su parte, se castigarán las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, dirigidas contra descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, o personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, supuestos que se castigan con pena más reducida que en el apartado cuatro (es decir, en el caso de género y de convivientes especialmente vulnerables).

En ambos casos, se contemplan subtipos agravados cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o bien se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, como recoge el art. 171.5 CP en su segundo párrafo.

En el siguiente cuadro se recogen los diferentes subtipos del delito de amenazas leves.



Fuente: Elaboración propia a partir de “Curso de Derecho Penal. Parte especial”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 111.

Por otra parte, en el art. 171.7 CP se recoge el delito leve de amenazas, que afirma que “el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.”

Lo complicado de este delito es delimitar la delgada línea que separa una amenaza leve de una amenaza grave, lo que conlleva a que los tribunales caigan en un cierto casuismo en el tratamiento del tema y en diversas contradicciones.

En alguna sentencia se apunta que son criterios delimitadores la intención de causar el mal, la persistencia en la idea amenazadora y la gravedad del miedo que pudieron sufrir las víctimas.

A veces se indica que la diferencia se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes.

5.4 La violencia habitual en el ámbito familiar

Este delito se caracteriza por ejercer de forma habitual violencia física o psíquica respecto de los siguientes sujetos:

- Persona que es o ha sido cónyuge del autor, o está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia.
- Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
- Menores o incapaces que convivan con el autor o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.
- Persona amparada en cualquier otra relación por la que esté integrada en el núcleo familiar.
- Personas que por su especial vulnerabilidad están sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En cuanto al requisito de la habitualidad, según el art. 173.3 CP, hay que atender al número de actos de violencia que resulten acreditados y a su proximidad temporal, con independencia de que haya afectado a uno o varios sujetos pasivos, y de que hayan sido o no enjuiciados en procesos anteriores.

El TS considera irrelevante que se hayan juzgado algunos de los actos de violencia (cosa juzgada) o que ya hayan prescrito¹⁰⁵, ya que, como se afirma en diferentes SSTs, lo relevante para apreciar la habitualidad no es un número concreto de

¹⁰⁵ STS de 18 de abril de 2002 [RJ 2002\5562]; STS de 16 de abril de 2002 [RJ 2002\5448]; STS de 23 de mayo de 2006 [RJ 2006\3339].

actos de violencia, sino la existencia de una repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento¹⁰⁶.

Asimismo, el TS argumenta que la habitualidad debe producirse, pero no se vincula la habitualidad con un número de acciones violentas. La relevancia no es el número de actos violentos o que excedan de un mínimo, sino la relación entre el autor y la víctima, más la frecuencia que con ello ocurre, es decir, la permanencia del acto violento¹⁰⁷.

Se trata, por tanto, de castigar una serie malos tratos continuados en sí mismos considerados: no se requiere, un efectivo menoscabo de la salud, es decir, un resultado de lesión.

Al igual que sucedía en el art. 153 CP, se establece una agravación cuando los actos de violencia se realicen en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o de la víctima, o se efectúen quebrantando una pena de las previstas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de idéntica naturaleza.

5.5 Circunstancias que eximen o atenúan la responsabilidad criminal

Existen una serie de circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, que aparecen recogidas en el art. 19 y 20 CP, y otras que atenúan la responsabilidad criminal, recogidas todas ellas en el art. 21 CP.

En cuanto a las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, en nuestro caso nos interesa la recogida en el art. 20.2º CP, afirma que *“el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*.

En cuanto a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, nos centraremos, en primer lugar, en la eximente incompleta, recogida en el art. 21.1º CP que hace referencia a las causas eximentes contempladas en los arts. 19 y 20 CP, pero cuando no hubiesen concurrido todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad; y en segundo lugar, la recogida en el art. 21.2º CP, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las circunstancias mencionadas en el apartado segundo citado en el párrafo anterior.

Cuando una persona ha consumido alcohol con anterioridad a la realización del delito, resulta complicado saber con exactitud qué se le va a aplicar, bien la eximente incompleta recogida en el art. 20.2 CP, bien la eximente incompleta del art. 21.1º CP, o

¹⁰⁶ STS de 18 de diciembre de 2003[RJ 2003\9431]; STS de 31 de enero de 2005 [RJ 2005\4815]; STS de 14 de febrero de 2007 [RJ 2007\1606]; STS de 3 de octubre de 2008 [RJ 2008\6418].

¹⁰⁷ STS de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\1832], STS de 23 de mayo de 2006 [RJ 2006\3339]; STS de 13 de julio de 2006 [RJ 2006\9595].

bien la atenuante recogida en el art. 21.2º CP. Para ello, debemos acudir a la doctrina del TS¹⁰⁸ que ha establecido tres estadios diferenciados según la ingesta de alcohol y su influencia en la conducta del sujeto correspondiente:

- Intoxicación plena que exime de la responsabilidad, ya que debido a esta intoxicación plena, el sujeto no puede comprender la ilicitud del hecho, o actuar conforme a dicha comprensión. En este caso, se aplicaría la eximente del art. 20.2 CP.
- Intoxicación semiplena, cuando exista un déficit importante, bien en el aspecto intelectual o volitivo. Se aplicaría en este caso la eximente incompleta recogida en el art. 21.1º CP, en relación con cualquiera de las causas del artículo anterior, en concreto en relación con la eximente de intoxicación plena por alcohol o drogas.
- Intoxicación intensa pero no tan grave como la eximente incompleta, que atenúa la capacidad de reproche por la ingesta, que siendo relevante no alcanza la intensidad de la eximente incompleta. Se aplicaría en este caso la atenuante recogida en el art. 21.2º CP.

5.6 Relación de hechos y delitos cometidos

Una vez analizados los diferentes delitos que pueden existir en el caso, iremos identificando los diferentes hechos existentes y determinando el delito que existe en cada hecho.

En primer lugar, a partir de marzo del 2016, en una de las discusiones que son habituales en la pareja, Felipe le propina un empujón a Leticia diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos. Como consecuencia de esos hechos, a la mañana siguiente, Leticia acude al médico, ya que se encuentra en su último tramo de embarazo. El médico afirma que todo está bien y le receta únicamente unos analgésicos para el dolor.

Estos hechos, podemos encuadrarlos en unas amenazas, cuando Felipe le dice en medio de la discusión a su mujer que es libre de irse del domicilio familiar, pero que si lo hace no volverá a ver a sus hijos. Se trataría de un delito de amenazas leves, agravado al ser la víctima su esposa, como se recoge en el art. 171.4 CP. Este delito conlleva una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, además, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés de los menores, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años.

Al mismo tiempo, se entiende que dichas discusiones ocurren en el domicilio común de ambos cónyuges, y por tanto, el de la víctima, así se le debería aplicar el subtipo agravado recogido en el art. 171.5 CP, aplicándosele la pena anterior en su mitad superior, que sería pena de prisión de 9 meses a 1 año.

En cuanto a los empujones que Felipe le propina a Leticia en dicha discusión, estando ésta embarazada, se trataría de un delito de violencia de género, recogido en el art. 153.1 CP, ya explicado anteriormente, aplicándosele una pena de prisión de seis

¹⁰⁸ STS de 3 de marzo de 2011[RJ 2011\2508].

meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Al igual que en el delito anterior, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés de los menores, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Por otro lado, al recibir Leticia los empujones en el domicilio común de ambos cónyuges, se le aplicaría la agravante recogida en el art. 153.3 CP, aplicándosele la pena en su mitad superior, correspondiéndole una pena de prisión de 9 meses a 1 año.

En segundo lugar, el 16 de junio de 2016, Leticia le solicita un poco más de ayuda a Felipe en las tareas del hogar, lo que conlleva a otra nueva discusión. Felipe, con unas copas de más encima, le propina varios golpes que la tiran al suelo. A consecuencia de esto, Leticia tiene un esguince en el pie derecho, así como fuertes dolores cervicales. Cuando acude al médico, este se lo venda y le receta analgésicos para el dolor además de obligarle a usar un collarín.

En estos hechos, nos encontramos con un delito de lesiones, concretamente se trataría del tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP, pero debido a que la víctima es la esposa del autor, se trata del delito de lesiones agravado, recogido en el art. 148.4º CP, pudiendo castigarse estos hechos con una pena de prisión de dos a cinco años. Para cometer este delito, tiene que causarse una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre y cuando dicha lesión requiera para su sanidad de una primera asistencia médica facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Por lo tanto hay una serie de requisitos que se cumplen claramente, existe una lesión, ha recibido una primera asistencia médica facultativa, que se cumple con el mero hecho de acudir al médico, y lo que tenemos que comprobar es si el uso de la venda, o bien, el del collarín, se considera tratamiento médico. Para ello acudimos a la doctrina del TS que afirma que la colocación de un collarín cervical debe valorarse como tratamiento médico consistente en la inmovilización necesaria para la sanidad¹⁰⁹. Al mismo tiempo, nos encontramos con sentencias de AAPP que consideran el uso de una venda, en este caso, para la curación de un esguince de muñeca, como tratamiento médico¹¹⁰.

Atendiendo al hecho de que Felipe había consumido alcohol, a la pena recogida en el art. 148.4º CP, se le debería aplicar la atenuante recogida en el art. 21 CP, concretamente, la recogida en su apartado segundo, que se trata cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a una serie de sustancias, entre las que se encuentran las bebidas alcohólicas, como ocurre en este caso. Felipe actúa con unas copas de más encima, conllevando dicha ingesta de alcohol a una intoxicación intensa, pero no tan grave como para considerarla como eximente incompleta, por lo tanto, se deberá aplicar la pena en su mitad inferior, correspondiéndole por lo tanto la pena de prisión de 3 años y 6 meses a 5 años.

En tercer lugar, y teniendo en cuenta todos los hechos que ocurrieron, se confirma la existencia de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, recogido en el art.

¹⁰⁹ STS de 16 de octubre de 2012 [RJ\2012\10552], STS de 23 de febrero de 2001 [RJ 2001\2313], STS de 31 de marzo de 2001 [RJ 2001\2010], STS de 22 de marzo de 2002 [RJ 2002\4479], STS de 13 de septiembre de 2002 [RJ 2002\8444].

¹¹⁰ SAP de Madrid, de 15 de enero de 2014 [REC 332/2013].

173.2 CP. Conlleva una pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años, y si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés de los menores, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno a cinco años.

Al mismo tiempo, se le podrá imponer la pena en su mitad superior, al haberse realizado dichos actos de violencia en el domicilio común, como recoge el art. 173.2 CP en su párrafo segundo, igualmente se le podría imponer además una medida de libertad vigilada, correspondiéndole en su caso la pena de prisión de 1 año y 3 meses a 3 años.

5.7 Medidas innovadoras de protección para las víctimas de violencia de género

En cuanto a los mecanismos o medidas innovadoras para mejorar la protección de las víctimas de violencia de género nos encontramos con las pulseras antimaltrato, que se trata de 3 dispositivos.

El primero de ellos sería una pulsera que se le coloca al agresor, en una zona que no sea demasiado visible para evitar la atención de la gente, normalmente en el tobillo.

El segundo dispositivo consistiría en la entrega al agresor de un terminal similar a un teléfono móvil con tecnología GPS que va a tener que llevar siempre consigo.

Por último, se le entrega a la mujer un terminal similar al del agresor que le advertirá si su agresor ha quebrantado la orden de alejamiento; además, este terminal tiene un botón de pánico por si necesita auxilio, atendiéndole uno de los operadores del centro de control.

Cabe destacar también que si el agresor intenta manipular la pulsera para quitársela o se aleja del terminal que se le entregó, saltará una alarma e inmediatamente recibe una llamada del centro de control para saber que está ocurriendo.

Otra medida innovadora es la utilización de perros escolta para que protejan a mujeres que ya hayan sido víctimas o estén en riesgo de sufrir violencia de género. Se pretende que, en caso de agresión, el animal inmovilice al maltratador para que la mujer pueda pedir auxilio o llamar a la policía. Esta medida se trata de una medida innovadora que aún se está expandiendo por España, siendo utilizada ya en algunas CCAA como es el caso de Galicia¹¹¹.

¹¹¹ Cfr. GARCÍA PRESAS, I.: “Mecanismos para mejorar la protección de la víctima de violencia de género”, en AA. VV., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, (CASTILLEJO MANZANARES, R.), Servizo de Publicacións e Intercambio Científico Campus Vida, Santiago de Compostela, 2014, pp. 136 y 137.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013.
- ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, enero-diciembre 1998.
- ANGUITA RÍOS, R.M.: “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del Adoptado.” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016, parte Estudio, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016.
- BARBERÁ FRAGUAS, M.: “La adopción: cuestión jurídica. Problema humano”, en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, num.39/2002, Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bercal S.A., Madrid, 2015.
- CALAZA LÓPEZ, S.: *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, S.L., Madrid, 2009.
- CARRASCO PERERA, A.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2016.
- CERVILLA GARZÓN, M^a.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- COSTAS RODAL, L.: “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.
- CRUZ GALLARDO, B.: *La guardia y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.
- CUENCA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario.” en *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. 1, num.2 (abril/junio 2014), Estudios, 2014.
- DAZA MARTÍNEZ J. y RODRÍGUEZ ENNES L.: “*Instituciones de Derecho Privado Romano*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE AGUIRRE ALDAZ, C. M.: *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ, M^a.A.: *Adopción. Al encuentro de la vida*, San Pablo, Madrid, 2008.
- GARCÍA PRESAS, I.: “Mecanismos para mejorar la protección de la víctima de violencia de género”, en AA. VV., *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, (CASTILLEJO MANZANARES, R.), Servizo de Publicacións e Intercambio Científico Campus Vida, Santiago de Compostela, 2014.
- GÓMEZ RIVERO, M^aC.: *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2015.
- GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, BOSCH, Barcelona, 2010.
- ÍÑIGO CORROZA, E.: “Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA VV, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales*, MUERA ESPARZA, J., Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

- LASARTE, C.: *“Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil”*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R.: *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, S.L., Madrid, 2016.
- NEBOT LÓPEZ, C.: *“Derecho de Familia”*, Formación Dinámica, S.L., A Coruña, 2015.
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova. Valladolid, 1998.
- PUENTE ALBA, L.M.: *La respuesta penal a la violencia de género*, Comares, Granada, 2010.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y MARTÍNEZ LEMOS, M.: *La adopción: pasado presente y futuro*, Fundación María José Jove, 2011.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson S.L., Madrid, 2016.
- SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, S.A., Madrid, 1999.
- SILLERO CROVETTO, B.: *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Juruá, Lisboa, 2014.
- TOVAR TORRES, M.: *Reforma Código Penal 2015*, Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2015.

V. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

1. Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC de 14 de mayo de 2008 [RTC\2008\59].

2. Autos del Tribunal Constitucional

- ATC de 7 de junio de 2004 [RTC 2004\233].

3. Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 2 de julio de 1999 [RJ 1999\5341].
- STS de 23 de febrero de 2001 [RJ 2001\2313].
- STS de 31 de marzo de 2001 [RJ 2001\2010].
- STS de 22 de marzo de 2002 [RJ 2002\4479].
- STS de 16 de abril de 2002 [RJ 2002\5448].
- STS de 18 de abril de 2002 [RJ 2002\5562].
- STS de 13 de septiembre de 2002 [RJ 2002\8444].
- STS de 26 de diciembre de 2002 [RJ 2003\552].
- STS de 18 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9431].
- STS de 31 de enero de 2005 [RJ 2005\4815].
- STS de 26 de octubre de 2005 [RJ 2006\1543].
- STS de 6 de marzo de 2006 [RJ 2006\1810].
- STS de 23 de mayo de 2006 [RJ 2006\3339].
- STS de 13 de julio de 2006 [RJ 2006\9595].
- STS de 14 de febrero de 2007 [RJ 2007\1606].
- STS de 20 de abril de 2007 [RJ 2007\3137].
- STS 9 de mayo de 2008 [RJ 2008\2970].
- STS de 3 de octubre de 2008 [RJ 2008\6418].
- STS de 22 de octubre de 2008 [RJ 2008\5784].
- STS de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2009\524].
- STS de 3 de marzo de 2011 [RJ 2011\2508].
- STS de 1 de abril de 2011 [RJ\2011\3139].
- STS de 9 de mayo de 2012 [RJ\2012\5137].
- STS de 21 de mayo de 2012 [RJ\2012\6532].
- STS de 31 de mayo de 2012 [RJ\2012\6550].
- STS de 16 de octubre de 2012 [RJ\2012\10552].
- STS de 17 de octubre de 2013 [RJ\2013\7255].
- STS de 4 de diciembre de 2013 [RJ 2013\7879].
- STS de 26 de marzo de 2014 [RJ 2014\2035].
- STS de 25 de mayo de 2015 [RJ\2015\2273].
- STS de 16 de diciembre de 2015 [RJ\2015\5887].
- STS de 26 de enero de 2016 [RJ\2016\360].
- STS de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\1832].

4. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Aragón, de 30 de octubre de 2013 [RJ 2013\8499].

5. Sentencias de Audiencia Provincial

- SAP de Málaga, de 14 de diciembre de 1994 [AC\1994\2306].
- SAP de La Rioja, de 23 de agosto de 2004[ARP 2004\630].
- SAP de Asturias, de 23 de septiembre de 2004 [JUR 2005\1006].
- SAP de Islas Baleares, de 31 de enero de 2008 [JUR 2008\192690].
- SAP de Pontevedra, de 26 de febrero de 2008 [JUR 2008\144555].
- SAP de Barcelona, de 5 marzo de 2008 [JUR 2008\173376].
- SAP de Burgos, de 18 de mayo de 2009 [ARP 2009\857].
- SAP de Castellón, de 20 de abril de 2012 [AC 2000\1012].
- SAP de Barcelona, de 27 de febrero de 2013 [JUR 2013\187149].
- SAP de Vizcaya, de 25 de septiembre de 2013 [JUR 2013\341036].
- SAP de Vizcaya, de 30 de septiembre de 2013 [JUR 2013\341189].
- SAP de Madrid, de 15 de enero de 2014 [REC 332/2013].
- SAP de Sevilla, de 8 de julio de 2014 [JUR 2014\264762].
- SAP de Madrid, de 17 de julio de 2014 [JUR 2014\245810].
- SAP de A Coruña, de 25 de septiembre de 2014 [JUR 2014\266112].
- SAP de Teruel, de 24 de marzo de 2015 [JUR\2015\123212].

VI. NORMATIVA TOMADA EN CONSIDERACIÓN

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 35/1994 de 23 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

VII. OTRAS FUENTES

- https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2015-10050100604_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares,_consultas_e_instrucciones_de_la_Fiscal%EDa_General_del_Estado
- Resolución de 18 de octubre de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado [RJ\1995\9565].
- <http://www.ine.es/>